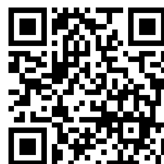
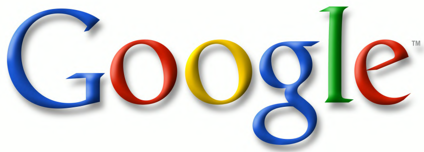
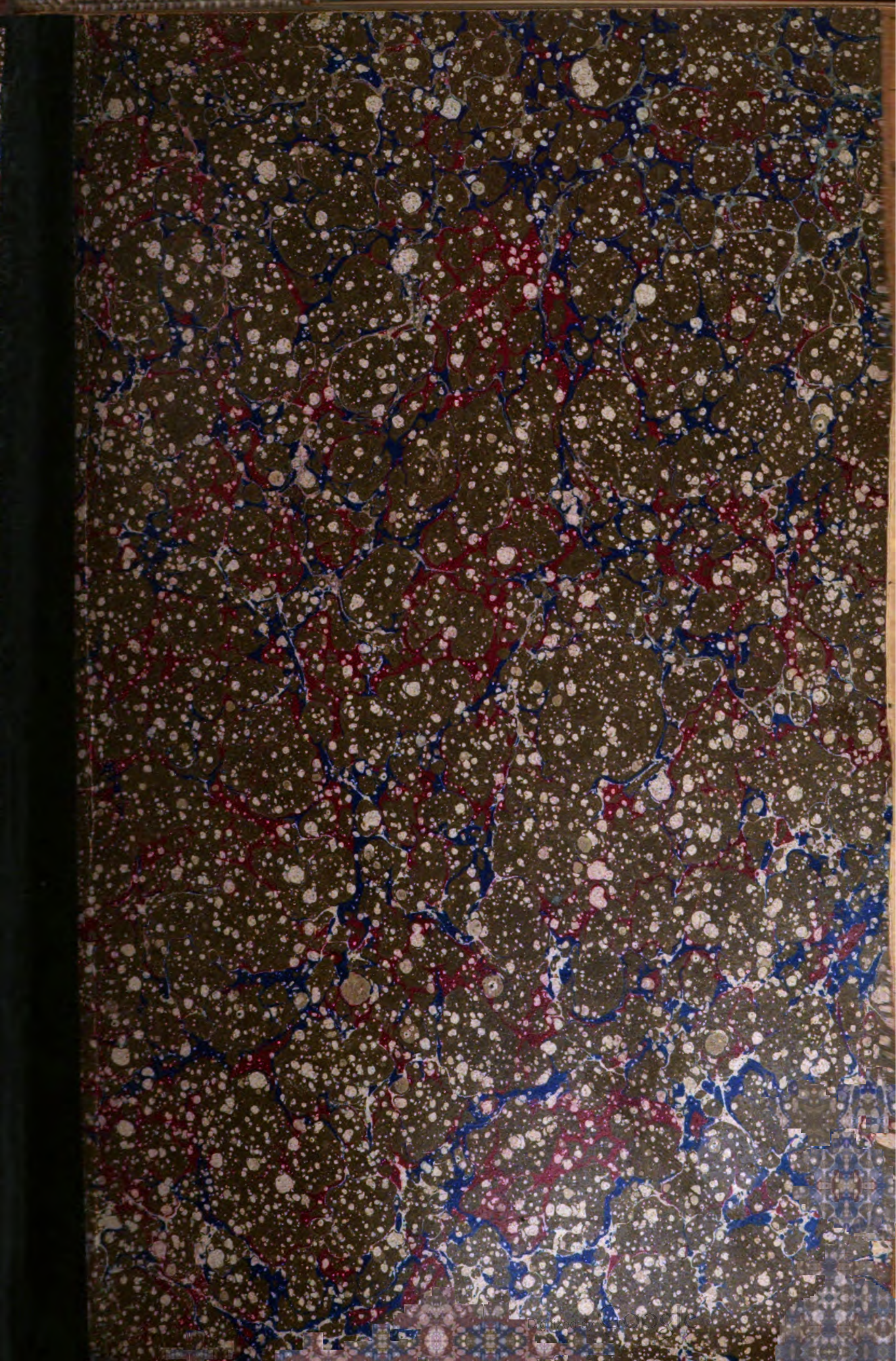






Urtheil wider Urtheil.

Beitrag zur Lehre vom

Widerstreit zweier Civilurtheile.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doctorwürde

der

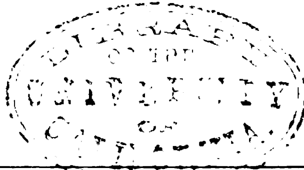
Georg-August-Universität

zu Göttingen

vorgelegt von

Leo Holtz,

Gerichts-Referendar.



Göttingen,

Druck der Univ.-Buchdruckerei von W. Fr. Kaestner.

1890.

Verzeichniss

der abgekürzt citirten Schriftsteller.

---

von Almendingen: Metaphysik des Civilprozesses I. B. 1808.

von Bethmann-Hollweg: Der römische Civilprozess II. u. III. B. I. Aufl. 1865 und 1866.

Bornemann: Beweiss, dass der Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten dem J.R.A. ganz fremd ist und nur zu grossen Irrthümern geführt hat. 1807.

Dernburg: Pandekten I. Aufl. I. u. II. B. 1884 u. 1886.

Eisele: Abhandlungen zum römischen Civilprozess. 1889.

Endemann: Der deutsche Civilprozess: Erläuterungen des Gerichtsverfassungsgesetzes uud der Civilprozessordnung des Deutschen Reichs sammt Einführungsgesetzen II. B. 1879 (citirt als Kommentar).

Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat. 1864; dazu Motive 1864.

Franke: Beitrag zur Lehre von der Nichtigkeitsbeschwerde im Archiv für civilistische Praxis B. 19. 1836.

Gaupp: Civilprozessordnung mit Kommentar II. B.

Gesterding: Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien III. B. 1830.

Gönner: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses I. Aufl. III. B. 1802.

von Grolmann: Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten IV. Aufl. 1819.

Heffter: (Institutionen des römischen und teutschen Civilprozesses 1825 und als II. Auflage unter dem Namen) System des Civilprozessrechts. 1843.

Heimbach: In Weiske's Rechtslexikon VII. und XI. B. 1847 und 1857.

Keller: Der römische Civilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung (bearbeitet von Wach) VI. Aufl. 1883.

Kleinschrod: Ueber die prozessualische Konsumtion und die Rechtskraft des Civilurtheils 1875.

Kleinfeller: Deutsche Partikulargesetzgebung über Civilprozess seit Rezeption der fremden Rechte und bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts. In Festgabe der Juristenfakultät München an Geheimrat v. Planck 1887.

Klöppel: Die Einrede der Rechtskraft nach der deutschen Civilprozessordnung. 1882.

Klüpfel: Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts. 1817.

Krüger: Prozessualische Konsumtion und Rechtskraft des Erkenntnisses. 1864.

Koch: Der Preussische Civilprozess. 1848.

von Linde: Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprozesses VII. Aufl. 1850.

Martin: Lehrbuch des deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses. II. Aufl.

Oldendorpius: Variarum lectionum libri ad iuris civilis interpretationem 1540.
Lectio de sententia et re iudicata.

Petersen: Die Civilprozessordnung für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz mit Kommentar II. B. 1878.

Pfeiffer: Beitrag zur Lehre von der Wirkung rechtskräftiger Urtheile im Archiv für civilistische Praxis. B. 37. 1854.

Puchta: Kursus der Institutionen IX. Aufl. I. B. 1881.

Pütter: De querelae nullitatis et appellationis coniunctione 1759.

Renaud: Lehrbuch des gemeinen deutschen Civilprozesses mit Rücksicht auf die neueren Civilprozessgesetzgebungen. II. Aufl. 1873.

von Röder: Beiträge zu der Lehre von den Nichtigkeiten im Civilprozess nach gemeinem deutschen Rechte. 1831.

Rümelin: Zur Lehre von der exceptio rei iudicatae 1875.

Rudorff: Ueber die Litiskrescenz, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft B. 14. 1848.

von Savigny: System des heutigen römischen Rechts VI. B. 1847.

Schlink: Kommentar über die französische Civilprozessordnung B. III 1856.

Schwalbach: Wiederaufnahme des Verfahrens und Urtheilsnichtigkeit nach der Reichscivilprozessordnung im Archiv für civilistische Praxis. B. 63. 1880.

Siebenhaar: Kommentar zur deutschen Civilprozessordnung. 1877.

Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwickelung. Eine civilprozessuale Abhandlung 1886.

Struckmann und Koch: Kommentar zur deutschen Civilprozessordnung.

Wetzell: System des ordentlichen Civilprozesses. III. Aufl. 1878.

von Wilmowsky und Levy: Civilprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz für das deutsche Reich nebst den Einführungsgesetzen mit Kommentar. V. Auflage. II. B. 1889.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. VI. Aufl. I. B. 1887.

Zimmern: Geschichte des römischen Privatrechts bis auf Justinian. III. B. 1829.

Einleitung.

§ 1.

In Rom war ein Urtheil nicht deshalb ein Urtheil, weil es vom Richter gesprochen war, sondern nur dann, wenn es nicht an gewissen wesentlichen Mängeln litt, nicht gegen gewisse unbedingte Vorschriften verstiess; andernfalls war es ipso iure null, gab dem Sieger kein Recht irgend einer Art und musste von jedem Richter, dem Urheber selbst und jedem anderen, ohne Weiteres als nicht vorhanden behandelt werden.

Dieser Gedanke ist uns heute unbekannt; jedes Urtheil ist um seiner Form willen ein Urtheil, auch wenn es an noch so wesentlichen Mängeln leidet; es mag angefochten werden durch Rechtsmittel, durch ordentliche in kurzen Fristen, durch ausserordentliche ohne Fristen, aber so lange es nicht angefochten wird, ist es da und äussert alle Wirkungen eines Urtheils. Es kann nie ohne formgerechte Anfechtung, nie von Amtswegen, nie in Folge gelegentlicher Rüge (exceptionsweise) als nicht vorhanden behandelt werden.

Ein Hauptfall römischer Nichtigkeit war, wenn ein zweites Urtheil mit einem ersten (rechtskräftigen) Urtheil in Widerspruch trat: Sententia contra rem iudicatam lata ipso iure pro nulla habetur. Von zwei widersprechenden Urtheilen gilt das ältere.

Anders nach heutigem Recht. Es gelten beide Urtheile, beide können vollstreckt werden, und soweit das thatsächlich unmöglich ist, gilt das jüngere.

Nun könnte es wenig wichtig erscheinen, wie ein solcher heutzutage sehr seltener Collisionsfall zu entscheiden sein möchte; aber in dieser Entscheidung liegt in Wahrheit ein grosses und wichtiges Princip verborgen, ein Princip, das eine mehr als tausendjährige Geschichte hat, das einen völligen Umschwung in der Auffassung der Richterstellung bedeutet.

Offenbar liegt eine grosse Verstärkung der obrigkeitlichen Autorität darin, wenn ein Richterspruch niemals als nicht vorhanden behandelt werden darf, wenn alle inneren Mängel durch die äussere Thatsache des amtlichen Ausspruches gedeckt werden. Es war immer ein Makel, der dem nichtigen Urtheil anhaftete, mochte die Nichtigkeit vom Richter verschuldet sein oder nicht; es blieb ein gewisser Vorwurf gegen die öffentlichen Einrichtungen zurück. Nach heutigem Recht dagegen ist dieser Vorwurf abgewälzt auf die Partei, die es unterlassen hat, durch rechtzeitige und formgerechte Vertheidigung das widersprechende Urtheil zu verhindern bezw. zu beseitigen.

Der Geschichte dieses Umwandlungsprocesses hat neuerdings Skedl [1]) eine verdienstliche Untersuchung gewidmet. Er leitet den neuen antirömischen Gedanken aus dem langobardischen Recht her. Die Untersuchung schliesst mit dem jüngsten Reichsabschied von 1654.

Es wird nicht überflüssig sein, auch die spätere Zeit in Betracht zu ziehen. Dabei wird sich zeigen, dass wenn auch das erste Auftreten bei den Langobarden zu konstatiren wäre, der Gedanke doch ein sehr weites Gebiet, ja geradezu die gesammte moderne Rechtswelt erobert hat, und dass er an Stellen und in Zeiten durchbricht, denen offenbar jede bewusste Anknüpfung an langobardische Traditionen gefehlt hat.

Wir können aber nach der Natur dieser Schrift nicht

---

1) Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde in ihrer geschichtlichen Entwickelung 1886.

die ganze Lehre von der Nichtigkeit der Urtheile in Betracht ziehen, sondern beschränken uns auf den einen Fall widersprechender Richtersprüche.

Wir wollen im I. Theil das römische Recht und die Entwickelung bis zum jüngsten Reichsabschied, im II. Theil die Zeit vom J. R. A. bis zur deutschen C. P. O. und im III. Theil das Recht der R. C. P. O. in Uebersicht vorführen.

I. Theil.

Das römische und gemeine Recht.

A. Geschichtliche Entwickelung.

§ 2.

Römisches Recht.

Nach römischem Recht gilt, wie erwähnt, der Satz: Jedes Urtheil, welches einem früheren rechtskräftigen Urtheil widerspricht, ist ipso iure null und nichtig; sententia contra rem iudicatam lata ipso iure pro nulla habetur.

Allerdings finden wir über diesen Fall in den Digesten gar nichts, aber im Kodex ist der Satz an drei Stellen mit voller Bestimmtheit ausgedrückt.

Die drei leges mögen hier ihrem Wortlaut nach Platz finden:

l. 9 C. de sent. et interl. 7,45. Diocletianus et Maximianus.

Post sententiam, quae finibus certis concluditur, ab eo qui pronuntiaverat vel eius successore de quaestione, quae iam decisa est, statuta rei iudicatae non obtinent auctoritatem.

l. 1. C. sententiam rescindi 7,50. Gordianus.

Neque suam neque decessoris sui sententiam quemquam posse revocare in dubium non venit. Nec necesse esse ab eiusmodi decreto interponere provocationem explorati iuris est.

l. 1 C. quando provocare 7,64. Alexander.

Datam sententiam dicitis, quam ideo vires non habere contenditis, quod contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, lata sit. Cuius rei probationem si promptam habetis, et citra provocationis adminiculum, quod ita pronuntiatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit.

Diese und nur diese Stellen können als echte Belegstellen anerkannt werden.

Es kommen zwar andere Stellen (auch in den Pandekten) vor[1]), worin gesagt wird, dass kein Richter ein rechtskräftiges Urtheil aufheben kann, aber es wird dort nicht hinzugefügt, welche Folgen die Uebertretung des Verbots nach sich ziehen würde.

In der von Mehreren[2]) angeführten l. 6 C. de exsecut. rei iud. 7,53 liegt der Grund der Nichtigkeit des Urtheils in erster Linie in der Person des Richters, was deutlich aus l. 8 C. eod. 7,53 hervorgeht; und die l. 3 C. sent. rescindi 7,50 endlich handelt von rescripta und muss wegen der Besonderheit des Reskriptenprozesses ausgeschlossen bleiben.

Uebrigens ist der Satz selbst für das römische Recht ein völlig unbestrittener, heute unbestritten und von jeher unbestritten gewesen. Nur eine einzige Ausnahme ist zuzulassen: Wenn vor Erlass des zweiten Urtheils das Vorhandensein des früheren geltend gemacht ist, und das zweite Urtheil sich über diesen Streitpunkt bejahend oder verneinend ausgesprochen hat, rechtskräftig ausgesprochen hat, dann muss dieser letzte Spruch gelten. Geht er z. B. dahin, dass das angebliche frühere Urtheil nicht existire

---

1) Vrgl. Renaud: Lehrbuch: § 157 S. 457 Anm. 4: l. 14, l. 42, l. 55, l. 62 D. de re iud. 42,1.

2) Renaud a. a. O.

Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 723 Anm. 22.

Gesterding: Ausbeute III S. 142 Anm. 32.

Zimmern: Geschichte III § 167 S. 498 Anm. 13.

oder nicht den behaupteten (widersprechenden) Inhalt habe, so darf dies von jetzt ab nicht mehr in Zweifel gezogen werden, selbst wenn es unrichtig sein sollte, so dass hier im praktischen Resultate allerdings ein erstes Urtheil durch ein zweites beseitigt sein kann. Diese Ausnahme stellt bereits die l. 1 pr. D. 49,8 auf.

Illud meminerimus, si quaeratur iudicatum sit necne et huius quaestionis iudex 'non esse iudicatum' pronuntiaverit: licet fuerit iudicatum, rescinditur, si provocatum non fuerit.

Also wenn bei Gelegenheit eines neuen Processes (in derselben Sache) die Frage zur Sprache und richterlichen Untersuchung kommt, ob (de eadem re) bereits geurtheilt sei, und der jetzige Richter verneint diese Frage, so wird dadurch (vorausgesetzt, dass dieses Urtheil in Rechtskraft übergeht, si provocatum non fuerit,) das frühere Urtheil aufgehoben (rescinditur), obwohl in Wahrheit ein früheres Urtheil (über dieselbe Frage und rechtskräftig) ergangen war. Dabei ist gleichgültig, ob das nunmehr ergehende neue Urtheil wirklich einen neuen (anderen) Inhalt hat oder ob es nochmals ganz dasselbe ausspricht, was bereits ausgesprochen war, in beiden Fällen ist »rescindirt« das frühere Urtheil.

Dagegen ist nothwendige Voraussetzung, dass die Existenz bezw. der Inhalt der früheren Sentenz zur Sprache (Einrede) gebracht worden ist; sonst ist diese Frage nicht Gegenstand der Entscheidung geworden.

So ist die Stelle bereits von der Glosse verstanden worden (Gl. rescinditur: prima sententia), so von Pet. Faber, Heraldus, Voet, Schulting [1], so wird sie von Bethmann-Hollweg [2], Rudorff [3], Lenel [4], Merkel [5] und neuestens von

1) Citate bei Seuffert Archiv B. 6 Nr. 107.
2) Civilprocess II § 118 S. 727 Anm. 41.
3) Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft 15, 261.
4) Ed. perp. S. 356 [3].
5) Abhandl. II S. 153.

Eisele [1]) verstanden, so auch in einem Urtheil des O.A.G. Lübeck v. 1848 [2]). Zwar gab es eine entgegengesetzte Ansicht, welche mittelst sehr künstlicher Interpretation das rescinditur auf die neue zweite Sentenz beziehen wollte, und ihr folgten z. B. Heffter [3]), Roeder [4]), auch Rudorff [5]), zuletzt Bremer [6]), aber Rudorff nahm diese Ansicht ausdrücklich zurück, und sie darf jetzt als aufgegeben betrachtet werden. Neu ist bei Eisele, dass er die Stelle nur vom Cognitionsprocess (extraordinaria cognitio) verstehen will; aber in der Sache wird dadurch (wie auch aus Eiseles Darstellung zu entnehmen) nichts geändert, sondern nur in der Form der Geltendmachung, worauf wir erst unten eingehen werden. Auch im Cognitionsprocess wurde der Ausdruck res iudicata angewandt (Paulus R. S. V, 5a § 1), obwohl es dort keinen iudex gab, und auch im Cognitionsprocess galt der Satz, dass sententia contra rem iudicatam nichtig sei.

Aber wie erklärt sich dann die eine scheinbare Ausnahme? Dass sie praktisch zweckmässig, ja notwendig ist, kann kaum bestritten werden; aber ist sie verträglich mit dem römischen Grundgedanken, oder enthält sie bereits ein theilweises Verlassen dieses Standpunkts, ein Hinüberneigen zu der heutigen Auffassung von der Kraft des richterlichen Urtheils?

Man könnte geneigt sein, zu folgern: Die Römer stellen die res iudicata der lex gleich, res iudicata ius facit; wie nun ein Spruch contra claram legem nichtig ist, auch wenn die Partei sich auf die lex berufen, und der Richter darüber sich ausgesprochen hatte, so müsse auch

---

1) Abhandl. 1889 S. 177.

2) Seuffert: Archiv B. 6 Nr. 107.

3) Institutionen 1825 S. 263 Anm. 109 und ebenso System 1843 S. 334 Anm. 26.

4) Röder: Beiträge S. 30.

5) Rechtsgeschichte II § 86 Note 8.

6) Rheinisches Museum für Philologie N. F. S. 44.

der Spruch contra rem iudicatam nichtig sein auch wenn die exceptio rei iudicatae erhoben war und zu Unrecht verworfen wurde.

Aber diese Folgerung würde an einem offenbaren Fehler leiden. Die res iudicata ist nicht lex, sie macht ius nur inter partes, sie ist eine Thatsache, die behauptet und bewiesen werden muss; sie bleibt unter allen Regeln der Thatsachenbehauptung und Thatsachenbeweisung; es kann auf den Anspruch ex re iudicata verzichtet werden, während die lex niemals von Behauptung und Beweisung abhängig ist und auf die Geltung der lex als solcher niemals verzichtet werden kann.

Es ist folglich vom strengsten römischen Standpunkt aus eine selbstverständliche und notwendige Sache, dass die Verwerfung der exceptio rei iudicatae wiederum ius macht und dass dieses neue ius das alte aufhebt.

§ 3.

Kanonisches und italienisches Recht.

Das kanonische Recht änderte anfangs an der römischen Theorie von der Nichtigkeit der Urtheile nichts. Das Decretum Gratiani wie die älteren Kanonisten stehen noch streng auf dem Standpunkt des römischen Rechts [1].

Die meisten Nichtigkeitsgründe haben sogar in das corpus iuris canonici Aufnahme gefunden und sind dadurch ausdrücklich bestätigt [2]. So finden wir auch zwei Stellen, welche die sententia contra rem iudicatam für ungültig erklären. Die eine v. J. 536 ist fast wörtlich aus l. 1 C. cit. 7,64 (v. J. 222) entnommen: c. 41 § 4 C. 2 qu. 6: Item si sententia lata fuerit contra res prius iudicatas, a quibus provocatum non est, sententiae auctoritatem non obtinebit et ideo ab ea appellari non est necesse.

1) Skedl a. a. O. S. 5 u. 120/5.

2) Vrgl. Röder: Beiträge § 8 S. 35—38.

Aus der zweiten Stelle v. J. 1199 mögen nur die entscheidenden Worte herausgehoben werden: der Papst Innocenz, in einem Fall, wo zwei Urtheile in derselben Sache gefällt waren, um Entscheidung angegangen, antwortet: — — factum priorum iudicum ratum et firmum habemus et eorum sententiam confirmantes [1]) — etc.; das erste Erkenntniss soll also gültig sein und wird ausdrücklich vom Papst bestätigt.

Eine Aenderung tritt erst ein, nachdem die italienischen Statutarrechte und unter ihrem Einfluss die italienische Doktrin, namentlich Durantis im specul. jud. zuerst c. 1272, in zweiter Bearbeitung 1286—1291 voran gegangen waren. Die früheste Stelle der neuen Richtung ist das c. 1 Clem. 2,11 v. J. 1311 [2]).

Das neue Princip lässt sich in die Worte fassen: ein Urtheil ist um seiner Form willen ein Urtheil; jedes Urtheil wird rechtskräftig, und ein rechtskräftiges Urtheil kann nur durch direkte formgerechte Anfechtung aus der Welt geschafft werden.

Aber nicht plötzlich ist dieser Satz einer neuen Zeit dem römischen Princip entgegengestellt worden, sondern wie es die Art der Zeit war, suchte man zu vermitteln und umzudeuten.

Die Uebergänge liegen schon bei Hostiensis c. 1250 bis 1271 und Innocenz IV. c. 1250 und knüpfen zunächst an den Eheprocess an, wie Skedl [3]) sehr gut gezeigt hat.

Aber selbst als die päpstliche Gesetzgebung sich ausgesprochen hatte (zuerst 1311), brachte die Doktrin des 14.—17. Jahrhunderts das neue nicht in direkten Gegensatz zum römischen Recht. Ganz richtig sagt Skedl (S. 139), dass überall eine Zwiespältigkeit zum Vorschein kommt und dass diesem Umstande die ungemein häufigen Streit-

1) c. 20 i. f. X. de sent. et re iud. 2,27.
2) Das nähere unten § 11.
3) Skedl a. a. O. S 126 fg.

fragen und das andauernde Schwanken der Theorie zuzuschreiben sind. Die Schilderung, die Skedl giebt (S. 139 bis 171) bestätigt dies in vollem Masse.

§ 4.

Die deutsche Gesetzgebung bis zum jüngsten Reichsabschied von 1654.

Wie in Italien, so sind es auch in Deutschland zunächst die Partikularrechte gewesen, welche in den Entwickelungsgang wesentlich eingriffen und der späteren Reichsgesetzgebung vorarbeiteten.

Skedl bietet (in Note 1 S. 173/8) eine interessante Zusammenstellung für Süd-, Mittel- und Norddeutschland, welche die Jahre von 1498 (Worms) bis 1639 (Schleswig-Holstein) umspannt. Von namhaftem Einfluss ist hier wie in so vielen andern Processrechtsfragen das sächsische Recht und die sächsische Praxis gewesen. Dieser Einfluss beginnt schon im 16. Jahrhundert und verstärkt sich durch die 1622 revidirte sächsische Processordnung.

Die deutschen Reichsgesetze [1]), namentlich die Kammergerichtsordnungen seit dem Beginn des 16. Jahrhunderts enthalten zwar manche Bestimmungen über processualische Nichtigkeiten, aber immer nur mit Bezug auf die Nichtigkeitsbeschwerde, können deshalb erst später in Betracht gezogen werden.

Dagegen ist auf die Verordnungen des Reichsabschieds von Regensburg vom Jahre 1654, des sog. J.R.A. hier näher einzugehen.

Derselbe unterscheidet zwei Arten nichtiger Urtheile:

---

1) Kammergerichtsordnung von Worms 1521.
„ „ Nürnberg 1523.
„ „ Speyer 1527 und 1570.
„ „ Augsburg 1555.
Reichsabschied von Regensburg 1532.
Instrumentum pacis Osnabrugensis 1648.

Solche, welche dadurch gültig werden, dass der ihnen anhaftende Mangel nicht binnen bestimmter Zeit geltend gemacht wird, und solche, die ipso iure nichtig sind und bleiben. Bezüglich der letzteren sagt § 122:

»Bey denjenigen Nullitäten aber, welche insanabilem defectum aus der Person des Richters oder der Parthey oder aus den substantialibus des processus nach sich führen, verbleibt es bey der Disposition der gemeinen Rechten.«

Auf Grund dieser Stelle unterscheidet man bekanntlich zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten; zwar behauptet Bornemann [1]), dass dieser Unterschied dem J.R.A. ganz fremd sei, aber da auch die neuesten Schriftsteller [2]) den einmal eingebürgerten Sprachgebrauch beibehalten haben, so mag es dabei sein Bewenden behalten. Der Sache nach war dieser Unterschied gewiss viel älter. Nach Skedl [3]) hat er seine Wurzeln in den Statutarrechten und in der an jene sich anschliessenden Doktrin.

Als Grund führt er die Ausbildung eines besonderen Rechtsmittels gegen nichtige Urtheile, der Nichtigkeitsbeschwerde an, welche wir später eingehender zu erörtern haben werden, indem er meint: »Wenn gestattet wurde, gegen eine sententia nulla die Nichtigkeitsbeschwerde zu erheben, so folgt daraus die Möglichkeit, dass dieselbe (die sententia) oder wenigstens bestimmte Arten ratihabirt, rechtsverbindlich gemacht werden können [4])«.

Ob die von Skedl aufgestellten Annahmen im Einzelnen gerechtfertigt sind, d. h. also ob der durch den J.R.A.

---

1) Bornemann: Beweis, dass der Unterschied zwischen heilbaren u. unheilb. Nullitäten dem J.R.A. ganz fremd ist. Hannov. 1807.

2) Wetzell: System § 60 S. 797 u. 804.
Renaud: Lehrbuch § 185 S. 582 ff.
Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde S. 136.

3) Skedl: a. a. O. S. 111.

4) Skedl: a. a. O. S. 136.

gesetzlich festgestellte Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nullitäten der Sache nach bereits dem kanonischen Recht und der älteren gemeinrechtlichen Doktrin bekannt war, oder sich gar, wie manche [1]) behaupten, schon im corpus iuris civilis findet [2]), ist hier nicht zu untersuchen; nur die Ansicht Heffter's [3]), welcher eine sententia contra rem iudicatam nach römischem Recht für ein heilbar nichtiges Urtheil erklärt, muss kurz besprochen werden. Er stützt sich auf l. 1 C. cit. 7,64 [4]), in welcher »nur von einem hypothetisch unkräftigen Urtheil« die Rede sein soll. Er folgert dies aus den Worten: cuius rei probationem si promptam habetis, welche er interpretirt: Wenn Ihr diese Sache sofort beweisen könnt.

Die lex soll danach besagen, ein Urtheil sei nichtig, wenn sofort geltend gemacht und bewiesen werde, dass es gegen res iudicata verstösst; andernfalls werde es gültig, da anzunehmen sei, dass die Partei auf die Anfechtung verzichtet habe.

Diesen Ausführungen Heffter's vermag ich nicht beizustimmen, denn wenn auch nicht zu leugnen ist, dass promptus in dem erwähnten Sinne gebraucht werden kann, so heisst es doch im allgemeinen nur bereit, zur Hand etc., und es ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, dass im vorliegenden Falle dem Worte die seltenere Bedeutung beizulegen sei. Vielmehr ist anzunehmen, dass der Kaiser

---

1) Klüpfel: Ueber einzelne Theile des bürgerlichen Rechts Abh. 7 §§ 41 u. 42 S. 181/182.
Linde: Lehrbuch § 417 S. 523.
Puchta: Institutionen § 180 S. 561.
Röder: Beiträge § 7 S. 24 u. § 26 S. 116.
A. M. ist u. a. Gönner: Handbuch III Abh. 42 § 8 S. 360.

2) Hiergegen besonders Skedl: a. a. O. S. 63 fg.

3) Heffter: Institutionen S. 509 Anm. 4. System S. 581 Anm. 37. Derselben Meinung Röder: Beiträge § 27 S. 134 Anm. 145 No. 3 i. f.

4) Vrgl. den Text auf S. 4.

Alexander nur hat sagen wollen, die sententia contra rem iudicatam ist zwar nichtig, aber wenn Ihr die Nichtigkeit geltend machen wollt, müsst Ihr den Beweis des Widerspruchs zwischen beiden Urtheilen bei der Hand haben, oder wie Franke [1]) sich ausdrückt, »zum Beweise gerüstet sein.«

Diese Auslegung steht sowohl mit den gebrauchten Worten, wie mit den übrigen Quellenstellen im vollsten Einklang.

Uebrigens dürfte die entgegengesetzte Entscheidung auch im vollständigsten Widerspruch mit dem römischen Nullitätsbegriff stehen, wonach ein nichtiges Urtheil gar nicht als ein Urtheil angesehen wurde, so dass von einer Konvalescenz füglich keine Rede sein konnte [2]).

Doch kehren wir wieder zum J.R.A. zurück. So sicher man darin einen Unterschied zwischen heilbaren und unheilbaren Nichtigkeiten zu finden hat, so viel Streit bestand von jeher und besteht noch unter den Rechtslehrern, welche Urtheile nach dem J.R.A. heilbar, und welche unheilbar nichtig sind.

Während die einen [3]) den J.R.A. aus der Geschichte und den Vorverhandlungen desselben interpretiren wollen, halten sich andere streng an den Wortlaut des Gesetzes. Manche [4]) gehen davon aus, dass der oben citirte § 122 die möglichen Fälle unheilbar nichtiger Urtheile nicht erschöpfe; andere [5]) nehmen an, dass nur die Urtheile un-

---

1) Franke: Archiv 19 Abh. 9 S. 395/396.

2) Vrgl. Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde S. 63.

3) Die verschiedenen Meinungen hat Bardeleben: Diss. de sententiarum nullitate Berol. 1836 p. 70 seq. p. 96 seq. zusammengestellt. Vrgl. auch Wetzell Civilpr. § 60.

4) Z. B. Gönner: Handbuch III § 14 S. 370. Klüpfel: Ueber einzelne Theile des bürgerl. Rechts Abh. 7 § 42 S. 184.

5) Z. B. Almendingen: Metaphysik I Abh. 10 S. 292/293 u. S. 304. v. Ahornrain: Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde im C. Pr. (Derselbe war mir leider nicht zugänglich, vgl. bei

heilbar nichtig seien, welche unter eine der drei Kategorien des J.R.A. fallen.

Bezüglich dieser letzteren insbesondere besteht dann wieder mannigfache Meinungsverschiedenheit darüber, was unter den substantialibus des processus zu verstehen sei; kurz bis auf den heutigen Tag hat man sich über die Bedeutung der angeführten Stelle des J.R.A. nicht einigen können.

Es kann nicht die Aufgabe dieser Schrift sein, auf die verschiedenen Ansichten der einzelnen Rechtslehrer und deren Begründung hier einzugehen; die Zahl der Meinungen ist eine so grosse, dass man wohl ohne Uebertreibung sagen darf, soviel Schriftsteller, soviel Theorieen.

Nur auf die eine Frage wird näher eingegangen werden müssen, zu welcher Gattung von Urtheilen die sententia contra rem iudicatam gehört.

Ich glaube mich jedoch hierbei darauf beschränken zu können, meine eigene Ansicht darzulegen und der, wie ich hier gleich bemerken will, abweichenden Theorie Röder's, welcher den vorliegenden Fall eingehender behandelt, eine kurze Erörterung zu widmen, bezüglich der übrigen Schriftsteller aber nur das Resultat ihrer Untersuchungen anzuführen.

§ 5.

Die sententia contra rem iudicatam nach dem J.R.A.

Der § 122 besagt, eine unheilbare Nichtigkeit wird begründet: durch einen Mangel

1. in der Person des Richters;
2. in der Person der Parteien;
3. in den substantialibus processus.

Nur der dritte Punkt kann hier in Betracht kommen,

Röder: Beiträge § 21 S. 93). Röder: Beiträge § 26 S. 119. Renaud: Lehrbuch § 185 S. 584. Wetzell: System § 60 S. 804 ff.

also die Frage, ob eine sententia contra rem iudicatam wegen Mangels in den substantialibus processus unheilbar nichtig ist.

Substantia ist das Wesen einer Sache, substantiale das, was zum Wesen einer Sache gehört, substantialia processus demnach alles, was einem Process wesentlich ist.

Nun ist aber ein streitiges Rechtsverhältniss die schlechthin nothwendige Voraussetzung, die Entscheidung desselben der Hauptzweck jedes Prozesses. Folglich ist das »Wesen des Prozesses« erschöpft, sobald über ein streitiges Rechtsverhältniss einmal rechtskräftig entschieden ist; es ist dann für den Staat, für den Richter, ja selbst für die Parteien ein streitiges Rechtsverhältniss nicht mehr vorhanden, und wenn trotzdem nochmals ein Prozess darüber geführt wird, so ermangelt derselbe dessen, was zu seinem Wesen gehört; das in dem zweiten Prozess ergehende Urtheil ist wegen defectus ex substantialibus processus unheilbar nichig. So im wesentlichen schon Wetzell[1]).

Auch eine Anzahl anderer Schriftsteller gelangt zu demselben Endergebniss, wenn auch auf anderem Wege. Die einen rechnen diese sententia zu den Urtheilen, welche, obgleich unter die drei Gattungen des J.R.A. nicht gehörig, dennoch unheilbar nichtig sein sollen, weil sie nur durch einen Fehler in der Redaktion keine Aufnahme in den Gesetzestext gefunden haben[2]); oder (nach einer zweiten Meinung), weil sie auf positiven Gesetzen beruhen, welchen der J.R.A. nicht derogirt habe[3]).

Andere begnügen sich zwar mit den drei bestimmt bezeichneten Klassen unheilbar nichtiger Urtheile, vertreten aber die Ansicht, der J.R.A. habe bestimmt, »dass nichts anderes als eigentliche prozessualische Nichtigkeit behandelt

---

1) Wetzell: System § 60 S. 806/807.

2) Z. B. Pütter: Dissertatio de querelae nullitatis et appellationis coniunctione § 20.

3) Gönner: Handbuch III Abh. 42 § 32 S. 404.

werden soll, als was nach der Natur der Sache, nach den Gesetzen des Denkens und Erkennens wirklich nichtig sei [1])«, und halten die sententia contra rem iudicatam »nach der Natur der Sache« für unheilbar nichtig.

Völlig abweichender Meinung sind dagegen insbesondere Röder, Ahornrain und Renaud [2]).

Röder namentlich unterscheidet, »ob die Einrede der res iudicata gehörigen Orts eingewendet ist« und der Richter das zweite Urtheil »ohne Rücksicht darauf« gefällt hat, oder »ob die Einwendung abgeurtheilter Sache nicht entgegengesetzt ist.«

Im ersteren Fall soll das Urtheil heilbar nichtig sein, also unanfechtbar werden, wenn nicht binnen kurzer Zeit die Nichtigkeit geltend gemacht wird.

Dagegen würde auch von diesseitigem Standpunkte aus nichts einzuwenden sein. Denn da nach dem J.R.A. für die unheilbaren Nichtigkeiten die »Disposition der gemeinen Rechten« massgebend ist, so darf angenommen werden, dass auch die gemeinrechtlichen Ausnahmen von den allgemeinen Regeln über nichtige Urtheile bestehen geblieben sind.

Eine solche Ausnahme macht aber, wie oben [3]) gezeigt, das römische Recht, indem es die sententia contra rem iudicatam lata, wenn »die Einrede der res iudicata gehörigen Orts eingewendet ist«, für gültig erklärt, sobald ein Rechtsmittel nicht mehr zulässig ist.

Die meines Erachtens sehr angreifbare Argumentation

---

1) Almendingen: Metaphysik I Abh. 10 S. 305 und S. 271.
Aehnlich Martin: Lehrbuch § 160 S. 211 Anm. c.
Grolmann: Theorie § 218 S. 375/376 Note * will die Nichtigkeit aus einem defectus ex persona iudicis erklären.

2) Vrgl. Röder: Beiträge § 27 S. 133 u. Anm. 145.
Ahornrain: Bemerkungen über die Nichtigkeitsbeschwerde (vrgl. bei Röder § 21 S. 95).
Renaud: Lehrbuch § 185 S. 587.

3) Vgl. § 4 S. 4—6.

Röders, welcher unter Zugrundelegung allgemeiner Gesichtspunkte zu demselben Ergebniss gelangt, braucht daher nicht erörtert zu werden.

»Wenn dagegen die Einrede abgeurtheilter Sache nicht eingewendet war«, soll das Urtheil nach Röder schlechthin gültig sein; denn falls die Partei das Vorhandensein der früheren Sentenz gekannt, sich derselben aber nicht bedient hätte, so läge ein »beschwerendes Urtheil« gar nicht vor; wenn sie aber erst später davon Kenntniss erhielte, dann könnte ja noch immer durch in integrum restitutio geholfen werden[1]).

Dem ist zu entgegnen: Das römische und kanonische Recht erklärt gewisse Urtheile für nichtig; dazu gehört auch die sententia contra rem iudicatam, und zwar, wie oben ausgeführt ist, auch oder vielmehr gerade dann, wenn sie gefällt ist, ohne dass exceptio rei iudicatae eingewendet war. Der J.R.A. sagt aber mit keinem Wort, dass einige von diesen Urtheilen fortan gültig sein sollen, er belässt es vielmehr bei dem früheren Recht und bestimmt lediglich, dass gewisse Arten nur binnen 10 Tagen angefochten werden können, die sogenannten heilbar nichtigen, während andere unheilbar nichtig bleiben.

Unter eine dieser Klassen hätte also Röder die sententia contra rem iudicatam in jedem Falle bringen müssen, denn dass es einen Unterschied mache, ob das Urtheil die Partei »beschwere« oder nicht, davon ist weder im römisch-kanonischen Recht noch im J.R.A. etwas zu finden; und ebensowenig kann es darauf ankommen. ob auf irgend eine andere Weise, etwa durch restitutio in integrum, Remedur geschaffen werden kann.

Es darf nicht unerwähnt bleiben, dass die Praxis nicht auf der Seite der von mir vertretenen Ansicht steht, sondern eine heilbare Nichtigkeit annimmt.

1) Auch Linde: Lehrbuch § 422 S. 532 will gegen die sententia contra rem iudicatam nur restitutio in integrum zulassen.

So argumentirt das oben citirte Erkenntniss des Oberappellationsgerichts Lübeck[1]), nachdem vorher ausgeführt ist, wie nach römischem Recht zu entscheiden sei, etwa folgendermassen: Eine wirkliche und unheilbare Nichtigkeit trete nach dem J.R.A. nur wegen Verstosses contra substantialia processus, nicht aber wegen eines Fehlers in Hinsicht des materiellen Inhalts der Entscheidung oder wegen falscher Beurtheilung der Sachlage ein. Da aber die sententia contra rem iudicatam nur einen Fehler letzterer Art enthalte (die ziemlich umfangreiche Begründung dieser Annahme glaube ich übergehen zu können), könne von einem unheilbar nichtigen Urtheil nicht die Rede sein.

Ein anderes Erkenntniss desselben Gerichtshofs[2]) spricht ganz allgemein aus: Das Ober-Apellations-Gericht hat beständig die Ansicht befolgt, dass durch den Erlass einer sententia contra sententiam eine unheilbare Nichtigkeit nicht begangen werde.

Einer Kritik insbesondere des ersterwähnten Erkenntnisses kann ich mich füglich enthalten, da ich meine Ansicht oben genügend begründet zu haben glaube, und die Einwendungen, welche ich gegen die Entscheidung machen könnte, sich daraus von selbst ergeben.

B Innere Begründung der Nichtigkeit.

§ 6.

Savigny's und Krüger's Ansicht.

Nachdem die Ergebnisse der vorstehenden Untersuchung lediglich aus den Vorschriften der Gesetze hergeleitet sind, dürfte es angezeigt erscheinen, nunmehr die Frage aufzu-

1) Bei Seuffert: Archiv für Entscheidungen B. VI. Nr. 107. Vrgl. auch oben § 2 S. 6 und Anm. 2.

2) Vrgl. Sammlung der Entscheidungsgründe des O.A.Gerichts der vier freien Städte Deutschlands zu Lübeck in bremischen Civilrechtssachen B. V S. 47.

werfen, welchen inneren Grund die gesetzliche Entscheidung hat, welche dem richterlichen Urtheil eine solche Kraft beilegt, dass über dieselbe Sache, welche bereits entschieden ist, ein neuer Prozess unzulässig, und ein zweites Urtheil nichtig ist.

Zwei Ansichten werden in der Litteratur verfochten.

Der einen giebt Savigny [1]) den besten Ausdruck:

»Dass das richterliche Urtheil«, sagt er, »eine Rückwirkung auf den Inhalt der Rechte ausübt, das versteht sich keineswegs von selbst und ist nicht etwa eine aus dem Begriff des Richteramts abzuleitende natürliche oder nothwendige Folge. Aus diesem Begriff folgt nur, dass jeder Rechtsstreit entschieden, und dass diese Entscheidung durch äussere Macht, selbst gegen den Willen der unterliegenden Partei zur Ausführung gebracht werde. Wenn aber in irgend einem späteren Rechtsstreit die Richtigkeit des früheren Urtheils in Zweifel gezogen wird, so scheint es natürlich, eine neue Prüfung vorzunehmen. Wird dabei das Urtheil als ein irriges erkannt, so scheint es eine einfache Forderung der Gerechtigkeit, den früheren Irrthum zu berichtigen und das begangene Unrecht gut zu machen, indem das zuletzt erkannte wahre Recht geltend gemacht wird.«

Zwar werde dadurch, so argumentirt Savigny weiter, die Möglichkeit gegeben, »dass ein richterliches Urtheil später durch ein entgegengesetztes Urtheil entkräftet«, und dieses wiederum durch ein anderes umgestossen werde, so dass also »die Gefahr einer völlig grenzenlosen Ungewissheit der Rechts- und Vermögensverhältnisse« nicht zu vermeiden sei.

Wenn man aber das einmal rechtskräftig gewordene Urtheil für unabänderlich erkläre, so sei die Gefahr vorhanden, »dass ein aus dem Irrthum oder bösen Willen eines Richters entsprungenes Urtheil aufrecht erhalten wer-

1) Savigny: System VI § 280 S. 259/260.

den müsse, auch wenn wir dessen Ungerechtigkeit mit voller Ueberzeugung einsehen.«

So kommt Savigny schliesslich zu dem Ergebniss, dass es lediglich »eine Frage der Rechtspolitik« sei, ob man, was einmal durch Richterspruch entschieden sei, als unabänderliche Norm unter den Parteien gelten oder zulassen wolle, dass es nöthigenfalls durch ein zweites Urtheil wieder aufgehoben werde [1]).

Den zweiten Standpunkt finden wir am denkbar schärfsten bei Krüger [2]) vertreten, welcher folgenden Satz an die Spitze seiner Abhandlung über prozessualische Konsumtion stellt:

»Der Gedanke, dass die rechtskräftige Entscheidung, welche in einem Civilprozess ergangen ist, eine unabänderliche Geltung für die Parteien haben müsse, scheint so natürlich, in dem Wesen der Civilrechtspflege so nothwendig enthalten, dass es uns schwer fällt einen Zustand der Rechtsentwickelung zu denken, in welchem derselbe nicht Anerkennung gefunden hätte.«

§ 7.

Eigene Ansicht.

Es erscheint ziemlich unerquicklich, darüber zu streiten, was in dieser Frage »natürlich«, was nicht natürlich sei. Der wahre Gegensatz kann nur sein, ob das Recht schlechthin nach materieller Gerechtigkeit zu streben habe, oder ob es sich in gewissen Grenzen mit formeller Wahrheit

---

1) Derselben Ansicht sind insbesondere:
Pfeiffer: Archiv 37 Abh. 4 § 2 S. 99.
Heffter: Institutionen S. 262.
Rümelin: Lehre von der exc. rei iud. S. 17 Anm. 2.
Heimbach bei Weiske: XI S. 779/780.
Bethmann-Hollweg: Civilprozess § 111 S. 630.
2) Krüger: Konsumtion § 1 S. 1.

begnügen müsse. Gewiss ist Savigny beizutreten, dass jenes, die materielle Wahrheit, das Grundstreben alles Rechtes sei und bleiben müsse. Aber ebenso gewiss ist zuzugeben, dass die praktische Nothwendigkeit dahin drängt, sich im einzelnen Falle vielfach mit formeller Wahrheit begnügen zu müssen: Sint certi denique fines. Jedenfalls können die Ausführungen Savigny's nicht, wie Klöppel zu glauben scheint, mit der ironischen Bemerkung abgethan werden: »Also nach dem Begriff des Richteramts »scheint es natürlich«, dass es sich zum Sport der Parteien denselben Rechtsstreit immer wieder vortragen lassen muss, so oft es den einen oder den anderen beliebt, das frühere Erkenntniss als »irrig« anzugreifen«[1]).

Dass auch die Römer »den Gedanken, dass die rechtskräftige Entscheidung eine unabänderliche Geltung für die Parteien haben müsse« durchaus nicht so »natürlich« fanden, wie man nach Krüger's Ausführungen annehmen sollte, geht meines Erachtens zur Genüge aus dem Umstande hervor, dass sie eine ganze Klasse von Urtheilen, wenn sie nämlich unter Verwerfung eingewendeter exceptio rei iudicatae ergangen waren[2]), gültig sein liessen, auch wenn diese Urtheile die frühere »rechtskräftige Entscheidung« »abänderten«. Dagegen liessen sich auch die Römer durch Erwägungen der Rechtspolitik leiten, wie aus folgender von Paulus herrührenden Stelle hervorgehen dürfte:

l. 6 D. de exceptione rei iud. 44, 2: Singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiarentur.

Also auch für die Römer waren entscheidend »Zweckmässigkeitsgründe«; damit sich die Prozesse nicht allzu-

1) Klöppel: Einrede der Rechtskraft S. 62.
2) Siehe oben § 2. S. 4 fg.

sehr häufen, soll jeder Rechtsstreit durch eine Klage und ein Urtheil ein für alle Mal beendet werden.

Nicht aus Begriffen, sagt Jhering, sondern aus Bedürfnissen und Interessen ist das Recht herzuleiten.

Nur kurz berühren endlich wollen wir eine dritte Ansicht, welche sich noch findet[1]), dass rechtskräftige Urtheile in Ansehung der Parteien wie Gesetze anzusehen seien, und deshalb ein zweites abweichendes Urtheil nichtig sei. Dies widerlegt sich von selbst durch die Erwägung, dass jedes Gesetz von dem, der es erlassen hat, wieder aufgehoben werden kann, dass also der Richter, welcher im gegebenen Fall den Gesetzgeber darstellen würde, die in Form des Urtheils von ihm aufgestellte Rechtsnorm auch wieder abändern könnte, ja dass von selbst von zwei widersprechenden »Gesetzen« nur das jüngere gelten würde.

C. Die Geltendmachung der Nichtigkeit.

§ 8.

Allgemeine Erörterung.

Haben wir bis jetzt die Thatsache des Widerspruchs zweier Urtheile und die Wirkung dieser Thatsache an sich betrachtet, so wenden wir uns nunmehr zu der Geltendmachung dieser Wirkung, der Nichtigkeit. Erst hierdurch kann die Frage ihren wirklichen Abschluss finden. Materielles Recht und prozessualische Geltendmachung sind in diesem Gebiet auf das engste mit einander verflochten.

Prozessualisch sind aber zwei Punkte getrennt zu betrachten:

1. Wie kann die Partei rechtzeitig verhindern, dass über dieselbe Sache nochmals geurtheilt werde; und

---

1) Bei Gesterding: Ausbeute III S. 142 und Martin: Lehrbuch § 160 S. 213 Anm. c.

2. was hat sie zu thun, wenn es dennoch geschehen ist (und zu einem ihr ungünstigen zweiten Urtheil geführt hat).

Bei der Darstellung ist auch hier historisch zu Werke zu gehn und mit dem römischen Recht zu beginnen.

§ 9.

Mittel zur Vermeidung eines Widerspruchs.

Der altrömische Satz bis de eadem re ne sit actio oder der Satz, dass das Klagerecht »konsumirt« werde durch einmalige Ausübung, sorgte dafür, dass es zu zweimaliger Aburtheilung derselben Sache regelmässig nicht kommen konnte. Dies wird der Grund sein, warum in den Pandekten, wie schon oben (S. 3) hervorgehoben, der Fall des Widerstreits zweier Civilurtheile eigentlich niemals erwähnt wird.

So weit der Satz bis de eadem pp. rein zur Anwendung kam, musste bereits der Magistrat (im Legisaktionenprozess, später im Verfahren in iure) die neue Klage versagen. Aber wenn er sie zuliess? Dieser Fall wird in den Quellen nie erwähnt, ebenso wenig ist er in der Litteratur je aufgeworfen. Vielleicht ist er nicht vorgekommen; aber wir wollen trotzdem sagen, wie wir uns den Verlauf denken.

War das erste Verfahren unbekannt geblieben, so muss das neue Verfahren mit seinem Urtheil nichtig sein und das erste gelten. Der Magistrat selbst würde auf Ansuchen Restitution ertheilt haben gegen sein eigenes auf Irrthum beruhendes Verfahren.

Hatte aber der Magistrat mit Kenntniss des früheren Verfahrens das neue zugelassen, so muss es selbstverständlich bei dem neuen bleiben, denn der Magistrat cum imperio kann jederzeit sein früheres Urtheil aufheben; es muss immer sein neuester Wille gelten, er ist souverän, und niemand kann ihn korrigiren. Nur die Intercession

eines gleichberechtigten Magistrats oder Tribunen hätte hier hemmend eingreifen können.

Wir brauchen dabei nicht an bösen Willen oder Laune des Prätors zu denken, sondern an den Fall, dass der Prätor das frühere Urtheil für nicht erwiesen oder für nichtig erachtete, oder die eadem res nicht als vorliegend annahm. Im Resultat kann es also schon damals nicht anders gewesen sein, als später, wenn ein neuer Richter die erhobene exceptio rei iudicatae verwarf; und es ist hier alles zu wiederholen, was wir oben (S. 4 fg.) über diesen Fall gesagt haben.

Für die spätere Zeit ist es die exceptio rei in iudicium deductae vel rei iudicatae[1]), die dazu diente, eine nochmalige Aburtheilung derselben Sache zu hindern. Wurde sie vom iudex (dem Geschworenenrichter) oder von dem urtheilenden Beamten im Cognitionsprozess als begründet erachtet, so kam es nicht zu widersprechenden Urtheilen. Wurde sie verworfen, so galt, wie gesagt, das zweite Urtheil, das erste wurde dadurch »rescindirt«.

Prüfen wir nun, wie bei wirklich vorhandenem Widerspruch zweier Urtheile vorzugehen war.

§ 10.

Beseitigung des zweiten Urtheils durch Appellation.

So lange das zu beseitigende Urtheil noch nicht rechtskräftig war, liegt es nahe, an die Appellation als bereitestes Mittel zur Beseitigung des Widerspruchs zu denken.

Man muss mit der Mehrzahl der Autoren annehmen, dass es auch gegen nichtige Urtheile Appellation gab, selbstverständlich nur unter den allgemeinen Voraussetzungen dieses Rechtsmittels, insbesondere nur während der

---

1) Die in neuester Zeit lebhaft erörterte Frage, ob dies zwei verschiedene Einreden waren oder nur ein Doppelname für ein und dieselbe Einrede, kann hier unerörtert bleiben. Vrgl. Eisele: Abhandl. 1889 S. 1—24.

zehntägigen Appellationsfrist und bei Vorhandensein der summa appellabilis, wo eine solche überhaupt gefordert wird [1]).

Allerdings ist die Zulässigkeit der Appellation in den Quellen nicht ausdrücklich ausgesprochen; da dieselben aber sagen, non *necesse* est, ab eiusmodi decreto interponere provocationem; *et* citra provocationis adminiculum quod ita pronuntiatum est, sententiae auctoritatem non obtinebit [2]), so dürfte die Annahme gerechtfertigt erscheinen, dass die Appellation, wenn auch nicht nöthig, so doch jedenfalls statthaft ist, worauf auch die Titelüberschrift: quando provocare non est *necesse* [3]), schliessen lässt.

Wenn trotzdem Gesterding [4]) »zweifelt, dass wirklich, nach reinem römischen Recht, der Gebrauch der Appellation hier überhaupt nur zulässig gewesen ist,« so ist er einen überzeugenden Beweis dafür schuldig geblieben.

Denn die von ihm angeführte l. 6 C. quando prov. 7,64, wo von einer appellatio superstitiosa submota die Rede ist — nach Gesterding soll hier die Appellation gegen ein nichtiges Urtheil »als superstitiosa »gescholten« und

---

1) Das römische Recht verlangte sie bei Appellationen an den Kaiser. Justinian hob sie anfangs ganz auf, führte sie später aber für einzelne Fälle durch Nov. 23 c. 3 wieder ein. Die deutschen Reichsgesetze: K.G.O. von 1521, 1523, 1555; R.A. v. 1570; Dep.A. v. 1600; J.R.A. schreiben sie ganz allgemein vor (vergl. Bethmann-Hollweg III § 160 S. 328 u. Anm. 19. Wetzell: System § 54 S. 710 u. Anm. 50).

2) l. 1 C. sent. rescindi 7,50.

l. 1 C. quando prov. 7,64.

Vrgl. oben § 2. — Es sind hier nur die Stellen angeführt, welche sich ausdrücklich auf die sententia contra rem iudicatam beziehen. Es liessen sich noch viele andere anführen, welche beweisen, dass nichtige Urtheile allgemein durch Appellation angefochten werden können, z. B. l. 19 D. 49,1; l. 3 § 1 D. 49,8; l. 41 D. 10,2; l. 24 D. 37,14.

3) Tit. Cod. 7,64.

4) Gesterding: Ausbeute III Abh. 5 S. 157 ff.

als ganz unnütz bei Seite geschoben werden« — besagt nicht mehr und nicht weniger als die anderen Stellen, dass die Appellation unnütz und überflüssig ist, woraus jedoch noch keineswegs gefolgert werden darf, dass sie unzulässig sei [1]).

Wenn er sich ferner darauf beruft, »dass es sich nicht als möglich und mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts vereinbarlich denken lasse, dass man gegen ein Urtheil, das ungültig ist, ein Rechtsmittel einwenden könnte, welches ein »gültiges Urtheil voraussetze«, so müsste er diese letztere Annahme erst beweisen, denn was er zu ihrer Begründung anführt, steht auf ziemlich schwachen Füssen, z. B. der Vergleich mit der in integrum restitutio, welche in Wahrheit nur deshalb bei nichtigen Urtheilen nicht stattfindet, weil sie eine rechtskräftige Sentenz voraussetzt. Eine Belegstelle aus den Quellen führt Gesterding nicht an.

Auch der dritte Grund, den Gesterding für seine Meinung aufstellt, kann als stichhaltig nicht anerkannt werden. »Ist es nicht«, sagt er, »eine contradictio in adiecto, zu sagen, dass einem durch ein ungültiges Urtheil zu nahe geschehen sei? Kann einem wohl durch ein Nichts eine Beschwerde zugefügt werden?« Angenommen, es wäre so, so ist doch nicht einzusehen, weshalb Gesterding nur die Appellation ausschliessen will, ein anderes Rechtsmittel, die querela nullitatis, aber zulässt. Denn wenn einem durch dieses »Nichts« eine »Beschwerde nicht zugefügt ist«, so bedarf es überhaupt keines Mittels, dieses Nichts zu beseitigen. Auch weiss ich nicht, warum die Unzulässigkeit der Appellation dann auf das »reine römische Recht« beschränkt werden sollte, da der von Gesterding für die Unzulässigkeit angeführte Grund so allgemein ist, dass er, wenn richtig, für alle Rechte gelten müsste.

---

1) Derselben Meinung scheint Heffter zu sein vrgl. Institutionen S. 509 Anm. 3.

Die ganze Argumentation baut sich auf der falschen Voraussetzung auf, dass das nichtige Urtheil ein »Nichts« sei. Dem ist aber keineswegs so; denn »eine juristische Nichtexistenz ist soviel als die Fiktion einer Nichtexistenz. Wenn man sich nun über ein juristisch nichtiges Urtheil beschwert, beschwert man sich in der That über das reell existirende Urtheil und sucht durch seine Beschwerde zu bewirken, dass der Richter die juristische Nichtigkeit des Urtheils erkenne, die Nichtexistenz desselben fingire« [1]).

Hiernach werden wir die Ansicht, dass die Nichtigkeit jedes Urtheils, also auch der sententia contra rem iudicatam durch Appellation geltend gemacht werden kann, in ihrem ganzen Umfange sowohl für das römische wie für das gemeine Recht [2]) aufrecht erhalten dürfen.

Derselben Meinung sind die meisten Rechtslehrer [3]), während Heffter [4]) wieder mit der herrschenden Meinung im Widerspruch steht, indem er »Rechtsmittel gegen absolut nichtige Urtheile an sich für ein Unding oder undenkbar« hält.

§ 11.

Beseitigung des zweiten Urtheils durch Einrede.

Wir kommen nunmehr erst zu dem Hauptfall, dass zwei rechtskräftige sich widersprechende Urtheile vorliegen, und zu der Hauptfrage, wie hier die Nichtigkeit von der Partei geltend zu machen ist.

---

1) Franke: Archiv 19 Abh. 9 S. 406.

2) Für das gemeine Recht ist ausser den angeführten römischen Quellenstellen insbesondere massgebend: c. 5 in 6[to] de sent. et re iud. 2,14 u a.

3) Vrgl. Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 727.
Linde: Lehrbuch § 417 S. 524.
Renaud: Lehrbuch § 183 S. 573.
Wetzell: System § 60 S. 784.

4) Heffter: Institutionen S. 506.

Zu trennen ist die Geltendmachung als Vertheidigung und die Geltendmachung im Wege des Angriffs.

»Die Ungültigkeit eines Urtheils lässt sich nur dann annehmen, wenn dieselbe in einem geeigneten Verfahren festgestellt worden ist[1]).«

Dieser Satz ist so selbstverständlich, dass er einer Begründung kaum bedarf; »denn sobald ein Urtheil von einer gerichtlichen Behörde ausgegangen ist, muss es nach allgemeinen Grundsätzen als zu Recht bestehend angesehen werden[2]).«

Wenn daher eine Partei die Rechtsbeständigkeit eines Urtheils leugnet, so wird sie die Nichtigkeit geltend machen und dafür Sorge tragen müssen, dass dieselbe richterlich festgestellt werde. Den Beweis der Ungültigkeit wird man ihr nicht erlassen können.

Die Geltendmachung geschieht nun am einfachsten im Wege des Einspruchs gegenüber der actio iudicati. Nach gemeinem Recht spricht man wohl von einer exceptio nullitatis. Das römische Recht konnte hier nicht von einer exceptio reden, sondern hatte dafür das Institut der infitiatio gegenüber der actio judicati. Bei persönlichen Klagen beschränkt sich die Möglichkeit solcher »Ableugnung des Urtheils« auf den Fall, dass der im ersten Prozess absolvirte, im zweiten kondemnirte Beklagte noch nicht geleistet hat.

Z. B. A ist mit der actio depositi directa auf Rückgabe eines Depositum gegen B abgewiesen. Später stellt er dieselbe actio nochmals gegen B an, und dieser wird nun verurtheilt, die deponirte Sache herauszugeben. Da B freiwillig dem Judikat nicht nachkommt, macht A auf Grund des zweiten Urtheils die actio iudicati geltend, und da B einwendet, dass jenes Urtheil als eine sententia contra rem iudicatam nichtig sei, kommt es zur Niedersetzung eines

---

1) Wetzell: System § 60 S. 783.

2) Derselbe a. a. O.

iudicium, durch welches entschieden wird iudicatum sit nec ne. Gewinnt der Richter die Ueberzeugung, dass die Einrede begründet ist, so wird A abgewiesen.

Bei den actiones in rem kann der gleiche Fall folgende Gestalt annehmen: A vindizirt eine Sache von B; B wird verurtheilt und restituirt die Sache, stellt aber in der Folge gegen den Erben des A die rei vindicatio auf dasselbe Objekt an, ohne einen späteren Erwerbsgrund geltend zu machen, und erstreitet ein siegreiches Erkenntniss. Hier liegt auch eine sententia contra rem iudicatam vor[1]). Wenn also B mit der Judikatsklage gegen den Erben des A vorginge, könnte dieser durch infitiatio geltend machen, dass jene sententia nichtig sei, und B müsste abgewiesen werden.

Dabei muss festgehalten werden, dass nach römischem Recht der Beklagte bei der actio iudicati nur mit satisdatio iudicatum solvi und sub poena dupli zum Beweise der Nichtigkeit zugelassen wurde, so dass er also, wenn er trotz seiner Einrede wiederum verurtheilt wurde, doppelt so viel zu leisten hatte, als die ursprüngliche Schuld betrug[2]).

Es ist streitig, ob im Formularprozess stets actio iudicati nothwendig war, oder ob es auch ein simples Exekutionsgesuch, eine formlose postulatio an den Magistrat gab[3]). Aber wir können diese Frage hier dahingestellt sein lassen, weil auch gegenüber einem formlosen Gesuch jedenfalls

---

1) Vrgl. u. a. Windscheid: Pandekten I § 130 S. 425 Nr. 4.
Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 111 S. 640.
Vrgl. l. 40 § 2 D. de procuratoribus et defensoribus 3,3.
l. 15 D. de exc. rei iud. 44,2.

2) Vrgl. Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 724.
Wetzell: System § 60 S. 785.
Rudorff: Zeitschrift 14 Abh. 9 Nr. IV S. 312/313.
Puchta: Institutionen I § 179 S. 550/551.

3) Vrgl. hierüber die neueste Erörterung bei Eisele: Abhandlungen S. 127 fg.

eine formlose Bestreitung möglich bezw. nöthig war, wie dies später im Cognitionsprozess unbestritten der Fall gewesen ist, somit der Grundgedanke der gleiche bleibt.

§ 12.

Angriffsmittel gegen das nichtige Urtheil.

Weit schwieriger ist die Frage nach den Angriffsmitteln gegen ein nichtiges Urtheil. Ein Bedürfniss danach war unleugbar vorhanden, zunächst für den Beklagten, der nicht warten mochte, wann es dem Gegner beliebte sein vermeintliches Recht aus dem nichtigen Urtheil geltend zu machen, oder vollends dann, wenn der Beklagte erfüllt hatte und die in Wahrheit nicht geschuldete Leistung zurückfordern wollte; aber auch für den Kläger, nämlich den ursprünglich siegreichen, jetzt abgewiesenen Kläger, der den Wunsch hatte, dieses zweite Urtheil als nichtig anerkannt zu sehen.

Als ein solches Angriffsmittel wird im vorjustinianischen Recht die revocatio in duplum genannt[1]).

Der Name spricht aus, um welche Gefahr es dabei sich handelte. Wenn die Partei, welche eine sententia contra rem iudicatam mit revocatio in duplum als nichtig anfocht, abgewiesen wurde, so musste sie als Succumbenzgeld eine Summe zahlen, welche derjenigen an Höhe gleichkam, zu der sie durch das angefochtene Erkenntniss verurtheilt war.

Der Zusammenhang mit der oben behandelten infitiatio gegenüber der actio iudicati ist nicht zu verkennen, auch

---

1) Rudorff: Zeitschrift 14. Abh. 9, IV. S. 314 und Puchta: Institutionen I § 181 S. 564 bezeichnen die revocatio geradezu als Nichtigkeitsbeschwerde.

A. M. ist Röder, welcher in der revocatio in duplum nur eine »Revision der Rechtssache«, nicht aber »ein besonderes prozessualisches Rechtsmittel gegen nichtige Urtheile« sehen will (vrgl. Beiträge § 7 S. 24 u. Anm. 27).

bei letzterer sprach man geradezu von »in duplum revocare«, jedoch richtiger von in duplum ire [1]).

In der Justinianischen Kompilation hat die revocatio in duplum in beiden Gestalten keine Aufnahme gefunden, ein Umstand, der sich daraus erklärt, dass der Kaiser die poena dupli allgemein abgeschafft hatte. Unsere Kenntniss von dem eigentlichen Wesen der revocatio als Angriffsmittel ist daher eine mangelhafte und beruht ausschliesslich auf einer Stelle des Paulus und des codex Gregorianus [2]).

Wir begnügen uns hier auf die neueste Erörterung dieser Streitfrage bei Eisele [3]) zu verweisen, der als unbestritten hinstellt, dass die revocatio in duplum dem Beklagten auch angriffsweise zustand, während für den Kläger nach Eisele's Ansicht erst im Cognitionsprozess die gleiche Möglichkeit gegeben war, und ein Rückschluss von da auf frühere Zeiten (den Formularprozess) zwar nicht unmöglich, aber unsicher erscheine.

Ob nach Beseitigung der revocatio in duplum im Justinianischen Recht noch ein besonderes Rechtsmittel zur Anfechtung nichtiger Urtheile bestanden habe, ist nicht minder bestritten.

Wetzell [4]) trägt kein Bedenken, dies zu bejahen, und stützt seine Behauptung auf nachstehendes Reskript Gordian's:

l. 3 C. quomodo et quando 7,43. Ab eo iudicato recedi non potest, quod vobis absentibus et ignorantibus atque indefensis dicitis esse prolatum, si ubi primum cognovistis, non ilico de statutis querellam detulistis; ita enim firmitatem sententia, quae ita prolata est, non habebit, si ei non sit commodatus adsensus.

---

1) Vrgl. Rudorff: a. a. O. S. 313.
2) Paulus: Sententiae V, 5a §§ 5, 7, 8. Cod. Greg.: X, 1,1.
3) Abhandlungen 1889 S. 169—189.
4) Wetzell: System § 60 S. 787/788.

Die in der lex erwähnte querella soll nach Wetzell eine besondere Bezeichnung für »einen auf Untersuchung der Nichtigkeit gerichteten selbstständigen Antrag« sein. Denn ohne Zweifel, so führt er aus, sei von einem wegen Mangels des beiderseitigen Gehörs ipso iure nichtigen Urtheil die Rede; deshalb könne an die Appellation nicht gedacht werden, weil diese abgesehen von der ungewöhnlichen Bezeichnung als querella, gegen nichtige Urtheile nur statthaft, nicht nothwendig sei. Auch eine einfache Protestation könne nicht gemeint sein, denn »Protestationen kämen in diesem Zusammenhange überhaupt nicht vor.« »Freilich«, meint er, »werde durch seine Annahme nicht erklärt, wie der präsumirte assensus der abwesenden Partei ein ungültiges Urtheil soll gültig machen können.« Er setzt sich jedoch darüber mit der Bemerkung hinweg, »die Schwierigkeit sei gleich gross, welches Rechtsmittel man auch annehme.«

Soweit Wetzell.

Wenn sich nun aber beweisen lässt, dass die l. 3 C. cit. von einem nichtigen Urtheil gar nicht handelt, so können die Worte si ei non sit commodatus adsensus keine Schwierigkeiten mehr bieten, und ist dann auch klar, was unter querella zu verstehen.

Und in der That ist dieser Nachweis bereits von anderer Seite erbracht.

Franke[1]) nämlich führt aus, l. 3 C. cit. habe den Fall im Auge, dass gegen den Beklagten eine Ediktalcitation eingebracht sei, dieser aber von derselben keine Kenntniss erlangt habe.

Er folgert dies aus dem Zusammenhang, in dem die lex stehe.

Da sich l. 1 C. eod. scheinbar auf ein eremodicium, l. 2 ohne Zweifel auf einen wahren Kontumazfall beziehe,

---

1) **Franke: Archiv 19 Abh. 9 S. 392—395.**

sei es nicht unwahrscheinlich, dass l. 3 den Fall einer scheinbaren oder präsumptiven Kontumaz im Auge habe.

Wenn nun der Richter den abwesenden Beklagten verurtheile, so könne das Erkenntniss nicht um deswillen nichtig sein, weil einer Partei kein Gehör verstattet sei, denn der Kläger dürfe unter der Abwesenheit des andern Theils, der ja in gehöriger Form, d. h. da er nicht aufzufinden war, durch Ediktalcitation geladen war, nicht leiden.

Der Verurtheilte könne also höchstens restitutio in integrum nachsuchen, wenn er von der Ladung keine Kenntniss erlangt habe. Doch müsse er billigerweise in diesem besonderen Fall den Antrag auf Restitution, dieser sei mit querella gemeint, sofort nach Kenntnissnahme von dem Urtheil (nicht etwa binnen der gewöhnlichen Restitutionsfrist) geltend machen, widrigenfalls angenommen werde, er habe dem Urtheil beigestimmt.

Die Wiedergabe der übrigen Ausführungen Franke's kann hier unterbleiben; es geht schon aus dem Gesagten zur Genüge hervor, dass es zu einem befriedigenderen Ergebniss führt, wenn man die l. 3 C. cit. im Sinne Franke's interpretirt, als wenn man sie auf ein ipso iure nichtiges Urtheil bezieht [1]).

Da hiernach die querella als ein Anfechtungsmittel gegen nichtige Urtheile nicht betrachtet werden kann, und sich auch sonst in den Quellen ein solches nicht erwähnt findet, so dürfte man mit der Annahme nicht fehl gehen, dass das Justinianische Recht ein selbstständiges Rechts-

---

1) Dieser Ansicht ist auch Renaud: Lehrbuch § 183 S. 574 Anm. 9.

Ebenso Gesterding: Ausbeute III S. 132 Anm. 13, welcher indess ziemlich unklar unterscheidet, ob gegen einen inauditus judizirt sei (dann sei das Urtheil ungültig); oder gegen einen ignorans et indefensus (dann sei es gültig); von letzterem Fall handle die angeführte lex.

mittel zur Geltendmachung der Nichtigkeit eines Urtheils nicht gekannt hat [1]).

Völlig gewiss und unbestritten aber ist mindestens soviel, dass es im justinianischen Recht niemals nothwendig war, ein nichtiges Urtheil mittelst eines besonderen Rechtsmittels im eigentlichen Sinne, einer querela nullitatis im technischen Sinne anzufechten [2]).

§ 13.

Gemeines Recht.

Ein selbstständiges Rechtsmittel zur Anfechtung nichtiger Urtheile hat das kanonische Recht wieder geschaffen. Es gestattet neben der Geltendmachung der Nichtigkeit per exceptionem und per appellationem ein besonderes »agere de nullitate«. Die älteste Bestimmung darüber ist schon das oben (S. 3) erwähnte c. 1 Clem. 2,11 v. J. 1311. Aber damit soll nicht gesagt sein, dass der Papst Clemens V. auf der allgemeinen Kirchenversammlung zu Vienne i. J. 1311 diesen Gedanken erfunden habe, vielmehr stand der Satz schon längst in anerkannter Uebung, insbesondere hatten ihn bereits die Kanonisten des 13. Jahrhunderts sowie das in der Gerichtspraxis fast wie ein Gesetzbuch behandelte speculum iudiciale von Durantis (in zweiter Bearbeitung 1286—1291) offen ausgesprochen [3]).

---

1) Derselben Meinung sind:

Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 726 u. Anm. 39.

Renaud: Lehrbuch § 183 S. 573/574.

Skedl: Die Nichtigkeitsbeschwerde S. 1.

Vrgl. auch Linde: Lehrbuch § 417 S. 523.

Letzterer sagt: »gegen nichtige Urtheile gab es kein besonderes prozessualisches Rechtsmittel«, widerspricht sich aber in demselben Satze, indem er fortfährt: »doch konnte man auch mit einer Klage, querella, auf Aufhebung des nichtigen Erkenntnisses dringen.«

2) So auch Skedl S. 3 Anm.

3) Speculum II, 3 tit. de re iud.

Nach Skedl's Untersuchungen ist die Nichtigkeitsbeschwerde auf die langobardische Appellation zurückzuführen; in ihr sollen »die Wurzeln der späteren italienischen Nullitätsquerel ruhen« [1]).

Von der Lombardei her soll sie sich in den italienischen Statutarrechten entwickelt haben und von da in die deutschen Statutarrechte übergegangen sein [2]).

Der Name querela nullitatis findet sich zuerst [3]) im Breve Pisani communis anno 1313—1337, in eigentlichen Gebrauch kam er jedoch erst im späteren Mittelalter, und zwar hauptsächlich als die Rezeption des römischen Rechts vollendet war [4]).

Jedenfalls, meint Skedl, ist die Nichtigkeitsbeschwerde weder aus dem römischen Recht abgeleitet oder nur fortentwickelt, noch ist sie ein Produkt des kanonischen Rechts [5]).

Wir können uns damit in dem Sinne einverstanden erklären, dass das kanonische Recht nicht der selbstständige Schöpfer des Gedankens ist; betonen aber, dass nur durch das kanonische Recht der Satz wirklich gemeines Gesetzesrecht geworden ist.

In demselben Sinne werden eine grosse Anzahl anderer Aenderungen oder Fortbildungen des römischen Rechts »kanonische« genannt, obwohl auch sie in Doktrin und Statutargesetzgebung schon vorher auftauchen und meistens germanische Züge an sich tragen.

Auf der Grundlage des kanonischen Rechts hat dann die gemeinrechtliche Doktrin das ausserordentliche Rechtsmittel der querela nullitatis oder Nichtigkeitsbeschwerde ausgebildet, welche seit dem J.R.A. den Zusatz insanabilis

---

1) Skedl S. 32.
2) Ders. S. 52 u. 111.
3) Ders. S. 66.
4) Ders. S. 139.
5) Ders. S. 111.

erhielt, indem man für die sog. heilbaren Nichtigkeiten eine besondere querela nullitatis sanabilis konstruirte; letztere ist jedoch keineswegs allgemein anerkannt und dürfte mit der Appellation zu identificiren sein.

Die Nichtigkeitsbeschwerde kann von der durch die sententia contra rem iudicatam verletzten Partei angestellt werden, und zwar gegen den, zu dessen Gunsten die Sentenz ausgefallen ist, nicht etwa gegen den Richter, der sie gefällt hat [1]).

Einen Suspensiveffekt hat die Querel nicht; nur Röder [2]) schreibt ihr einen solchen zu, »wenn sie sofort liquid ist, eine nullitas notoria vorliegt, sie sogleich aus den Akten ersichtlich oder bewiesen oder erweislich ist.«

Kompetent für die Beschwerde ist nach herrschender Meinung [3]) sowohl der iudex a quo wie der Oberrichter und zwar nach Wahl des Antragstellers; doch will Gönner [4]) sie nur bei dem höheren Richter anbringen lassen, während Heffter [5]) ihr den Devolutiveffekt ganz versagt.

Die deutschen Reichsgesetze unterwarfen die Nichtigkeitsbeschwerde mannigfachen Beschränkungen. Sie verlangten eine spezielle Angabe des Nichtigkeitsgrundes, auch eine Appellationssumme, wenn sie bei den Reichsgerichten angebracht wurde, und schliessen sie ganz aus, wenn gegen das nichtige Urtheil bereits durch Appellation

1) Letzteres vertheidigt Almendingen: Metaphysik I Abh. 10 S. 325 ff.

2) Röder: Beiträge § 41 S. 171.
Ebenso Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde Cap. IV § 35 S. 161.

3) Vrgl. z. B. Almendingen: Metaphysik I Abh. 10 S. 322/323.
Grolmann: Theorie § 219 S. 376.
Linde: Lehrbuch § 418 S. 525.
Renaud: Lehrbuch § 183 S. 575.
Wetzell: System § 52 S. 673 und § 60 S. 791.
Martin: Lehrbuch § 284 S. 396.

4) Gönner: in der II. Aufl. seines Handbuchs S. 458.

5) Heffter: Institutionen S. 517.

Remedur gesucht war. Da nun der J.R.A. für die unheilbaren Nichtigkeiten auf das gemeine Recht verweist, so ist anzunehmen, dass diese Bestimmungen in Kraft geblieben sind[1]).

D. Dauer der Geltendmachung.

§ 14.

Einrede, Appellation, Revocation, Beschwerde.

Die Frage, wie lange die sententia contra rem iudicatam als nichtig angefochten werden kann, ist verschieden zu beantworten, je nach der Weise, in welcher die Geltendmachung der Nichtigkeit erfolgt.

Kein Zweifel besteht darüber, dass die vertheidigungsweise erfolgende Geltendmachung der Nichtigkeit einer zeitlichen Beschränkung nicht unterworfen ist. Dies ergiebt sich aus dem allgemeinen Satz, dass Einreden nicht verjähren: Quae ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua[2]).

Selbstverständlich und bereits erwähnt ist, dass, wer eine sententia mittelst Appellation als nichtig angreifen will, dies binnen der gewöhnlichen Appellationsfrist von 10 Tagen thun muss.

Bezüglich der revocatio in duplum endlich sagt Paulus[3]):

Res olim iudicata post longum silentium in duplum revocari non potest.

Unter dem longum silentium versteht er aber 10 Jahre inter praesentes, 20 Jahre inter absentes, so dass also gegen die sententia contra rem iudicatam spätestens binnen 10 resp. 20 Jahren seit Erlass des zweiten Urtheils revocatio in duplum angestellt werden musste[4]).

---

1) Vrgl. Wetzell: System § 60 S. 799 u. 809, dazu K.G.O. v. 1521, 1523, 1527, 1555 R.A. v. 1570 D.A. v. 1600.

2) Vrgl. l. 5 § 6 D. de exceptione doli mali 44,4.

3) Paulus: Sententiae V, 5a § 8.

4) Ueber das Ganze s. Eisele a. a. O. S. 170 fg.

Diese Fristen sind aus dem justinianischen Recht verschwunden, wir wissen von ihnen nur aus den mehrerwähnten beiden Stellen vorjustinianischer Rechtsaufzeichnungen.

Dass im Justinianischen Recht ein besonderes Rechtsmittel zur Anfechtung nichtiger Urtheile nicht mehr bestand, ist oben gezeigt. Gab es statt dessen den Weg der einfachen Beschwerde bei der Obrigkeit, und leitete diese dann das weitere Verfahren ein, so kann diese Anzeige an irgend welche Frist nicht gebunden gewesen sein. Gesetzlich bestimmt ist nichts darüber und aus allgemeinen Prinzipien lässt es sich nicht ableiten, denn die Grundsätze der Klagenverjährung, welche allein in Betracht kommen könnten, sind hier um deswillen nicht massgebend, weil die Geltendmachung der Nichtigkeit in der angegebenen Form als Klage, actio oder condictio, nicht bezeichnet werden kann.

Es wird daher anzunehmen sein, dass nach Justinianischem Recht die sententia contra rem iudicatam ohne zeitliche Beschränkung, selbst noch nach 30 Jahren angefochten werden konnte[1]).

Ob solche Fälle je vorkamen, ist gleichgiltig.

§ 15.

Querela nullitatis.

Mit der Einführung eines neuen Rechtsmittels, der querela nullitatis, ist auch die Anfechtung nichtiger Urtheile wieder auf eine bestimmte Zeit beschränkt.

Positive Vorschriften freilich hat das gemeine Recht in dieser Beziehung nicht getroffen; da aber die querela nullitatis, wenn sie auch keine actio im streng römischen Sinne ist, doch die Natur einer Klage hat, sofern sie von der einen Partei unmittelbar gegen die andere bei dem

---

1) Derselben Ansicht ist Röder: Beiträge § 32 S. 144.

ordentlichen Richter angestellt wird, da ferner das kanonische Recht ausdrücklich von einem »agere« de nullitate spricht, so kann es kein Bedenken haben, die Nichtigkeitsbeschwerde der gewöhnlichen Klagenverjährung von 30, zu Gunsten von Kirchen und milden Stiftungen 40 Jahren zu unterwerfen.

Das ist auch die von den Rechtslehrern[1]) allgemein vertretene Ansicht; nur von Almendingen[2]) stellt eine andere Theorie auf: Er unterwirft die Nichtigkeitsbeschwerde der Verjährung der Litispendenz, welche sich bekanntlich erst in 40 Jahren vollendet, indem er etwa folgendermassen argumentirt: Da das Urtheil nichtig sei, so sei es als gar nicht vorhanden zu betrachten; ein Prozess aber, in welchem ein Urtheil nicht ergangen sei, befinde sich in der Schwebe und könne binnen 40 Jahren seit dem letzten Prozessakt jederzeit wiederaufgenommen werden; und da die Nichtigkeitsbeschwerde nichts anderes als eine Wiederaufnahme des Prozesses sei, so könne sie auch erst in 40 Jahren verjähren.

Dem ist zu entgegnen: Das Nichtvorhandensein des Urtheils ist, wie oben bereits ausgeführt wurde, lediglich eine juristische Fiktion; thatsächlich ist es da, und weil es da ist, so ist auch der Prozess beendet. Es kann deshalb von einer Litispendenz nicht die Rede sein, auch wenn sich später herausstellt, dass das Urtheil materiell nichtig ist.

Welcher Ansicht man sich aber auch für das frühere

---

1) Röder: Beiträge § 32 S. 144/145.
Grolmann: Theorie § 101b S. 160.
Renaud: Lehrbuch § 187 S. 594.
Wetzell: System § 60 S. 790.
Linde: Lehrbuch § 418 S. 526.
Skedl: Nichtigkeitsbeschwerde Cap. IV § 35 S. 154 und § 38 S. 172.
Auch Heimbach bei Weiske VII S. 345 u. 347.

2) Almendingen: Metaphysik I Abh. 10 S. 309—316.

gemeine Recht zuneigen mag, seit dem J.R.A. wird man jedenfalls die dreissigjährige Verjährung der querela nullitatis insanabilis anerkennen müssen. Denn wenn derselbe auch in § 122 für die unheilbaren Nichtigkeiten auf die gemeinen Rechte verweist, so thut er dies doch bezüglich der Dauer der Beschwerde in der deutlich erkennbaren Voraussetzung, dass dieselbe bisher an den Ablauf von 30 Jahren geknüpft war, indem er in § 121 ausdrücklich erwähnt, »dass a sententia nulla (bisher) in 30 Jahren die Klage prosequirt werden kann und soll«; eine Bemerkung, welcher allerdings von Almerdingen, als nur »beiläufig« gemacht, keine Bedeutung beimessen will.

E. Praktische Folgen der Geltendmachung.

§ 16.

Schutz gegen fernere Angriffe. Rückforderungsrecht.

Bezüglich der Wirkung der Anfechtung einer sententia contra rem iudicatam ist zu unterscheiden, ob die Nichtigkeit geltend gemacht wird, bevor auf Grund des zweiten Urtheils gezahlt ist, oder erst nach der Erfüllung der Judikatsschuld.

Im ersteren Falle wird der frühere Schuldner durch die richterliche Feststellung der Ungültigkeit gegen jeden ferneren Angriff seitens des Gegners geschützt. Denn war die Geltendmachung im Wege des Einspruchs gegen die actio iudicati erfolgt, so steht der letzteren, wenn sie nochmals angestellt wird, die exceptio rei iudicatae entgegen. War aber das Urtheil durch ein besonderes Rechtsmittel angefochten, so genügt die Berufung auf die daraufhin ergangene Entscheidung, um die Abweisung des Gegners, wenn er später actio iudicati anstellt, wegen Mangels des Schuldgrundes herbeizuführen.

Wenn aber das zweite Judikat bereits erfüllt war, welche Wirkung hat dann die Feststellung der Nichtigkeit? Es scheint natürlich, dass demjenigen, der auf Grund

eines Urtheils gezahlt hat, die Rückforderung gestattet sein muss, wenn sich jenes Urtheil in der Folge als nichtig und unwirksam herausstellt.

Denn da hier die Voraussetzung der condictio indebiti: »Zahlung einer vermeinten aber nicht bestehenden Schuld«[1]); oder in Fällen, wo der Irrthum auf Seiten des Zahlenden fehlt, wenigstens die Voraussetzung der condictio sine causa gegeben ist, so sollte man annehmen, dass eine dieser Klagen dem Geschädigten zuzugestehen sei. Dem steht aber das alte römische Rechtsaxiom gegenüber: »qui ex causa iudicati solvit, repetere non potest«[2]).

Nicht einmal, nein wiederholt sagen die Quellen mit nicht misszuverstehender Deutlichkeit, dass die Rückforderung einer pecunia indebita ex causa iudicati soluta, ja selbst die Kompensation mit einer solchen ausgeschlossen sei[3]).

Bethmann-Hollweg[4]), dem Eisele[5]) beitritt, will zwar diese gesetzlichen Vorschriften auf die condictio indebiti eingeschränkt wissen, nur mit dieser soll die Rückforderung unstatthaft sein. An Stelle derselben sei jedoch die revocatio in duplum eingeführt, welche sich durch ihren Namen deutlich genug als eine Rückforderung des gezahlten Judikats mit der poena dupli ankündige. Man müsse die klagenweise Geltendmachung der Nichtigkeit des Urtheils mit der Rückforderung des auf Grund des Urtheils Geleisteten präparatorisch verbunden denken, ähnlich wie die querela inofficiosi mit der hereditatis petitio.

---

1) Dernburg: Pandekten II § 141 S. 357.
2) Vrgl. Dernburg: Pandekten II § 141 S. 359 Anm. 21.
3) Vrgl. l. 74 § 2 D. de iud. 5,1.
l. 36 D. fam. ercisc. 10,2.
l. 29 § 5 D. mandati 17,1.
l. 1 C. de cond. ind. 4,5.
l. 2 C. de compens. 4,31.
4) Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 725/726.
5) Eisele: Abhandl. S. 162.

Dies dürfte jedoch eine irrthümliche Annahme sein. Denn Paulus[1]) sagt, res olim iudicata — — — in duplum revocari non potest. Es bezieht sich somit revocari nicht auf das auf Grund der res iudicata etwa Gezahlte, sondern auf die res iudicata selbst, und kann mithin unter revocatio in duplum nicht die Rückforderung des Gezahlten verstanden werden.

Da nun für Bethmann-Hollweg's Ansicht anderweite Anhaltspunkte nicht vorhanden sind, und die Quellen sich ganz allgemein gegen die Rückforderung des ex causa iudicati Gezahlten aussprechen, wird man nicht umhin können, anzunehmen, dass in der That nach römischem Recht die Rückforderung des auf Grund des zweiten Urtheils Geleisteten weder mit condictio indebiti noch mit revocatio in duplum möglich war, eine Feststellung der Nichtigkeit der Sentenz nach der Erfüllung des Judikats demnach in den meisten Fällen unpraktisch und zwecklos gewesen sein wird.

Aus dieser Erwägung heraus möchte ich mich Puchta's[2]) Ansicht anschliessen, dass die revocatio in duplum gewöhnlich vor der Zahlung angestellt wurde, nicht aber wie Bethmann-Hollweg[3]) meint, erst nach der Erfüllung des Judikats.

Dass der besprochene singuläre Satz, welcher wohl nur eine Konsequenz anderer specifisch römischer Rechtsinstitute war, in das gemeine Recht nicht übergegangen ist, dürfte anzunehmen sein. So sagt Dernburg[4]) von demselben, »er sei nicht praktischen Rechts«.

Es wird also gemeinrechtlich allgemein zulässig gewesen sein, das, was auf ein Urtheil geleistet war, zurück-

---

1) Paulus: Sententiae V, 5a § 8.

2) Puchta: Institutionen I § 181 S. 564.

3) Bethmann-Hollweg: Civilprozess II § 118 S. 726 und Anm. 37.

4) Dernburg: Pandekten II § 141 S. 360.

zufordern, sobald richterlich festgestellt war, dass dies Urtheil eine sententia contra rem iudicatam, mithin nichtig sei; und zwar wird man sich in der Regel der condictio indebiti, in selteneren Fällen der condictio sine causa bedient haben [1]).

II. Theil.

Die Zeit vom Jüngsten Reichsabschied v. 1654 bis zur deutschen Civilprocessordnung v. 1877.

§ 17.

Allgemeine Uebersicht.

Die geschichtliche Entwickelung der Nichtigkeitslehre in der Zeit vom J.R.A. ist noch nirgends in ihrem vollen Zusammenhange dargestellt. Sie darf sich nicht auf das gemeine Recht beschränken, denn für dieses giebt es seit 1654 keine Gesetzgebung mehr, Wissenschaft und Praxis aber können in diesem Gebiet, das in der Hauptsache vom Gesetzgeber geregelt werden muss, nichts Neues schaffen.

Gemeinrechtlich blieben die durch den J.R.A. aufgestellten Sätze in Geltung. Man stritt zwar über die einzelnen Fälle, aber man erkannte immer einige Fälle ipso iure nichtiger Urtheile an, welche durch Nichtigkeitsbeschwerde innerhalb bestimmter Zeit oder durch Einrede oder Replik unbeschränkt angefochten werden konnten.

Zu den unbestrittenen Fällen gehörte auch die sententia contra rem iudicatam [2]).

Nur die Partikularrechte konnten Neues schaffen und haben es gethan. Eine Zusammenstellung der partikularrechtlichen Bestimmungen, soweit sie unsere Lehre be-

1) Das Nähere bei Windscheid § 426 [17].

2) Wetzell S. 807.

treffen, giebt es noch nicht. Einiges bietet Schwalbach [1]). Kleinfeller [2]) will die gesammte deutsche Partikulargesetzgebung über Civilprozess seit der Rezeption bis zum Ausgange des 18. Jahrhunderts darstellen, und dabei werden dann (S. 303) als dritte Gruppe der unter dem Einfluss des sächsischen Rechts (das ja der J.R.A. wesentlich benutzt hat) stehenden Gesetzgebungen alle »jene« Prozessordnungen zusammengestellt, welche entweder ausdrücklich auf den J.R.A. Bezug nehmen oder doch nach dem J.R.A. entstanden sind. Aber über den Hauptinhalt und die Hauptunterschiede wird wenig mitgetheilt, für unsere Lehre gar nichts.

Schon vor dem J.R.A. hatten einzelne Landesrechte, z. B. in Bayern, Württemberg [3]), bestimmt, dass wie die Querel auch die Einrede und Replik gegen nichtige Urtheile verjähren solle, aber etwas Wesentliches war damit nicht gewonnen. Für die geschichtliche Betrachtung unserer Frage ist folgender Ausgangspunkt zu wählen:

Nach dem J.R.A. ist sententia contra rem iudicatam unheilbar nichtig, d. h. sie kann mit der Nullitätsquerel binnen der Verjährungszeit von 30, 40 Jahren angefochten werden.

Die deutsche C.P.O. dagegen versagt (wie wir hier einstweilen vorwegnehmen) für diesen Fall die Nichtigkeitsklage ganz und giebt nur die Restitutionsklage, und nur wenn die Partei das frühere Urtheil erst nachträglich auffindet, d. h. sie rückt die Frage aus dem strengen Recht der Nullität in das Billigkeitsgebiet der instrumenta noviter reperta und verkürzt zugleich die Frist von 30, 40 Jahren auf 1 Monat bezw. 5 Jahre.

Unsere Frage muss hiernach sein: Wie hat sich dieser Umschwung geschichtlich vollzogen bezw. vorbereitet?

---

1) Arch. f. civ. Prax. Bd. 63 (1880) S. 125/128.

2) Festgabe der Münchener J. F. für Planck 1887 S. 273 bis 305.

3) Bayr. G.O. 1520 Cap. 16 § 2; Württemb. L.R. Cap. 56 § 2.

Der J.R.A. enthielt zwar einen Fortschritt, aber einen ungenügenden; das Recht blieb nach wie vor praktisch unbrauchbar, der »insanablen« Nichtigkeitsgründe waren noch immer viel zu viel, die Fristen viel zu lang. Einzelne Partikularrechte bestimmten für incidente Berufung auf Nichtigkeit eine Frist oder folgten dem älteren Vorgange von Bayern und Württemberg u. a., indem sie mit der Querel auch Einrede und Replik verjähren liessen[1]). Gebessert war damit wenig.

§ 18.

Insbesondere das preussische und französische Recht.

Ein weiteres Vorbild würde Frankreich gewährt haben. Dort hatte in Anknüpfung an den Gerichtsgebrauch die Ordonnanz v. 1667 den Grundsatz aufgestellt, dass jedes Urtheil um seiner Form willen ein Urtheil, deshalb niemals an sich nichtig und in Folge dessen auch nicht durch Einrede oder Replik, sondern nur durch Klage auf Kassation anfechtbar sei. Man drückte diesen Gedanken in dem Satz aus: Les voies de nullité n'ont pas lieu en France[2]).

Ich vermag nicht nachzuweisen, dass andere deutsche Landesgesetze denselben Weg eingeschlagen hätten, aber bekannt ist, dass die Preussischen Reformen Friedrichs des Grossen vielfach unter französischem Einfluss gestanden haben[3]).

Diese Preussischen Reformen aber sind es, die auch unsere Lehre völlig umgestaltet haben.

Die Prozessordnung v. 1748 schaffte die Nullitätsquerel ganz und gar ab! Das war freilich ein radikales

---

1) Schwalbach S. 126, der die Hess. P.O. v. 1724 und die Oesterr. G.O. v. 1781 citirt.

2) Schlink: Commentar Bd. III § 553 (S. 599), Schwalbach S. 126.

3) Stölzel: Vorträge 1889 S. 131 »Französische Einflüsse auf die Reformen Coccejis«.

Mittel, um alle »Weiterungen« abzuschneiden. Dreissig Jahre später, sagt Koch, kehrte man wieder um und erkannte (in der P.O. v. 1781) an, dass »es jedoch einige Fälle giebt, wo ein Urtel dergestalt nichtig ist, dass selbiges zu keiner Zeit die Rechtskraft erlangen kann«[1].

Aber zu diesen Fällen gehört nicht mehr der des Widerspruchs zweier Erkenntnisse. Dieser Fall wird in der P.O. v. 1781 sowie in der neuen Redaktion, welche die A.G.O. v. 1793 ist, überhaupt nicht ausdrücklich erwähnt, aber er muss gefunden werden unter der Restitution: A.G.O. I, 16 § 12—29. Zwei causae restitutionis werden zugelassen:

1) ex capite minorennitatis;
2) ex instrumentis noviter repertis.

Die Frist ist auf 10 Jahre festgesetzt. Die Voraussetzungen des zweiten Falles werden unter 4 Nummern aufgezählt; davon heisst Nr. 4: »muss der Inhalt der Urkunden so beschaffen sein, dass dadurch die Lage der Hauptsache verändert und eine von der vorigen abweichende Entscheidung begründet werden könne«. Diese Voraussetzung wird immer erfüllt sein, wenn ein früher nicht bekanntes oder nicht erweisliches Urtheil nachträglich beigebracht werden kann, welches in dem zweiten Prozess eine exceptio rei iudicatae begründet haben würde.

Im Uebrigen bestimmt die A.G.O. I, 16 § 10 hinsichtlich nichtiger Urtheile ganz nach französischem Vorbilde: »Dagegen soll aber auch, so lange die Nullität eines angefochtenen Urtheils nicht rechtskräftig feststeht, dergleichen Erkenntniss alle Wirkungen eines rechtskräftigen Judikati haben,« und diesen Satz haben seitdem alle später erlassenen deutschen Prozessgesetze übernommen. Die Württembergische P.O. § 736 sagt ausdrücklich: »Nichtigkeitsgründe können vor den Gerichten nicht im Wege der

1) Koch: Preuss. Civilprozess 1848 S. 660.

Einrede oder Replik, sondern nur vermittelst der Nichtigkeitsklage oder Berufung verfolgt werden«.

In der französischen Gesetzgebung v. 1806, dem code de procédure civile, zählt der Fall der contrariété de jugements zu den 10 bezw. 11 Gründen, aus welchen die requête civile zulässig ist. Es ist dies ein ausserordentliches, nur gegen rechtskräftige Urtheile zulässiges Rechtsmittel, das die deutsche Nichtigkeitsklage und Restitution in sich vereinigt.

Unser Fall wird von Art. 480 Nr. 6 getroffen. Danach werden vier Voraussetzungen für die Zulässigkeit der requête civile gegen das zweite widersprechende Urtheil erfordert:

1) Die Urtheile müssen in letzter Instanz,
2) zwischen denselben Parteien ergangen sein.
3) Sie müssen auf demselben Rechtsmittel beruhen.
4) Dieselbe Gerichtsstelle muss sie gefällt haben[1]).

Diese vier Voraussetzungen haben nicht bloss durch ihre Fassung zu vielerlei Streit Veranlassung gegeben, sondern sie sind auch innerlich unbegründet, namentlich ist unverständlich, warum beide Urtheile in letzter, d. h. zweiter oder Appellations-Instanz ergangen sein müssen, da es doch nur darauf ankommen kann, dass beide rechtskräftig sind.

Gegen Urtheile des Kassationshofes ist nach konstanter Praxis dieses »Hofs« requête civile überhaupt nicht zulässig[2]).

Der »Entwurf einer Prozessordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den preussischen Staat« v. 1864 stellte sich die Aufgabe, für die drei Rechtsgebiete der Monarchie, das landrechtliche, gemeinrechtliche und französischrechtliche, ein einheitliches Prozessrecht zu schaffen: Es sei gestattet, daran zu erinnern, wie die Motive zu

1) Schlink: a. a. O. S. 613.
2) Schlink: a. a. O. S. 607.

§ 687 unseren Fall besprechen. »Dem eigentlichen Falle der restitutio propter noviter reperta stellt der Entwurf unter Ziff. IV den Fall gleich, wenn die Hauptsache bereits früher rechtskräftig zu Gunsten der Partei entschieden war, die Partei aber, was namentlich bei Erben nicht selten ist, hiervon keine Kenntniss hatte und um deswillen versäumte, die exceptio rei iudicatae vorzubringen.

An und für sich liegt in einem solchen Falle die Sache so, dass wider die Partei das zweite ihr ungünstige Erkenntniss gelten müsste.

Der Unterlassung des Vorbringens der exceptio rei iudicatae lässt sich keine andere Wirkung beilegen als der unterbliebenen Geltendmachung einer andern peremptorischen Einrede, z. B. der Einrede der Zahlung. Nur Billigkeitsgründe rechtfertigen es, der Partei, welche aus Unkenntniss auf das frühere Urtheil sich zu berufen unterlassen hat, und von diesem Urtheil erst später erfährt, in gleicher Art zu Hülfe zu kommen, wie im Fall der restitutio propter noviter reperta.

In anderer Art wird der Fall im französischen Recht behandelt, dessen eigenthümliche und verwickelte Bestimmungen sich indess keineswegs empfehlen [1].«

Ganz dieselben Gedanken sind für die deutsche C.P.O. massgebend gewesen. Die Frist zur Geltendmachung ist nach französischem Vorgange sehr verkürzt, von 3 Monaten auf 1 Monat, während die Preuss. A.G.O. noch 10 Jahre gesetzt hatte.

Der Abschluss der geschichtlichen Entwickelung lässt sich also in die Worte fassen: Die Verwandlung der römisch-gemeinrechtlichen Nichtigkeit in Restitution ist auf preussisches, die kurze Frist auf französisches Recht zurückzuführen.

---

1) Motive zu § 687.

III. Theil.

Die Lehre von dem Widerstreit zweier Civilurtheile nach der Reichscivilprozessordnung.

§ 19.

Allgemeiner Grundsatz.

Ob die C.P.O. überhaupt noch nichtige Urtheile kennt, worüber lebhaft gestritten wird [1]), braucht nicht untersucht zu werden, weil, wenn man dies auch bejaht, jedenfalls nur die vier Fälle dahin zu rechnen sind, in welchen nach § 542 die Nichtigkeitsklage zulässig ist, und die sententia contra rem iudicatam zu diesen nicht gehört.

Es unterliegt deshalb keinem Zweifel, dass ein Urtheil, auch wenn es im Widerspruch mit einem früheren rechtskräftigen Erkenntniss steht, unter allen Umständen gültig ist.

§ 20.

Anfechtung des Urtheils.

Damit ist nicht gesagt, dass die Parteien ein für alle Mal an das Urtheil gebunden sind, und eine Möglichkeit zur Beseitigung desselben nicht gegeben ist.

Zunächst ist es selbstverständlich, dass, so lange das zweite Urtheil in Rechtskraft noch nicht übergegangen ist, dasselbe durch die ordentlichen Rechtsmittel der Berufung und der Revision angefochten werden kann. Es ist, wie bei der Vorberathung des norddeutschen und des hannoverschen Entwurfs ausdrücklich ausgesprochen wurde und

---

2) Eine gründliche Untersuchung widmet dieser Frage Schwalbach: Archiv f. civ. Prax. B. 63 S. 122—136. Er verneint dieselbe auf das Entschiedenste.

Ders. Ansicht: Endemann: Commentar II Vorbem. vor § 472 S. 390 No. III.

Petersen: Commentar II, Vorbem. vor § 541 S. 418 No. II.

A. M. Siebenhaar: Commentar, Vorbem. vor § 541.

Wilmowsky-Levy: Commentar II, Vorbem. vor § 541 S. 723.

vom Reichsgericht bereits anerkannt ist [1]), »selbstverständlich«, dass, wo Verletzung der Rechtskraft vorliegt, auch eine Verletzung von Rechtsnormen gegeben ist, folglich Revision stattfindet.

Aber auch wenn das zweite Urtheil bereits rechtskräftig geworden ist, ist eine nachträgliche Aufhebung desselben nach der C.P.O. zulässig, und zwar im Wege der Wiederaufnahme des Verfahrens auf Grund der Restitutionsklage.

§ 543 Ziff. 7a schreibt vor: »Die Restitutionsklage findet statt, wenn die Partei ein in derselben Sache erlassenes, früher rechtskräftig gewordenes Urtheil auffindet.«

Drei Voraussetzungen sind also erforderlich, um die Restitutionsklage zu begründen:

1. Das erste Urtheil muss in derselben Sache erlassen sein, wie das zweite.
2. Es muss früher rechtskräftig geworden sein.
3. Es muss »aufgefunden« sein.

Von einem näheren Eingehen auf die ersteren beiden kann hier füglich abgesehen werden; sie zeigen deutlich, dass die Restitutionsklage nur dann zulässig sein soll, wenn das erste Urtheil geeignet gewesen wäre, die exceptio rei iudicatae zu begründen; wie ja auch schon nach römischem und gemeinem Recht das zweite Urtheil nur dann angefochten werden konnte, wenn das erste, rechtzeitig vorgebracht, jene exceptio begründet hätte. Es bleibt also nur die dritte Bedingung der Anfechtung zu erörtern, von welcher weder im römischen noch im gemeinen Recht die Rede war, nämlich dass die Partei das frühere Urtheil »auffinden« muss.

Eine Ergänzung erhält dieser Ausdruck durch den § 545: »Die Restitutionsklage ist nur zulässig, wenn die Partei ohne ihr Verschulden ausser Stande war, den Restitutionsgrund in dem früheren Verfahren, insbesondere

1) Entscheid. in Civilsachen B. 7 S. 351.

durch Einspruch oder Berufung oder mittelst Anschliessung an eine Berufung geltend zu machen.«

Daraus geht zunächst mit Deutlichkeit hervor, dass im vorliegenden Fall die Klage stets statthaft ist, wenn die Partei ohne ihr Verschulden überhaupt keine Kenntniss von dem früheren Urtheil hatte. Dagegen könnte es zweifelhaft erscheinen, ob die Restitutionsklage schon dann ausgeschlossen ist, wenn der Verletzte das Vorhandensein des früheren Erkenntnisses, welches den Restitutionsgrund bilden würde, kannte, ohne aber das fragliche Urtheil selbst beibringen zu können, oder erst dann, wenn er wirklich in der Lage war, dasselbe zu produziren; denn auch im ersteren Falle hätte der Restitutionsgrund, wenn auch erfolglos, geltend gemacht werden können.

Den Schlüssel zur Lösung dieses Zweifels bietet das Wort »auffindet«. Danach ist die Wiederaufnahme des Verfahrens in jedem Falle zulässig, wo das frühere Urtheil später »aufgefunden« wird, ohne Unterschied, ob die Partei schon vorher eine mehr oder weniger sichere Kenntniss von demselben hatte. Jedoch wird man annehmen müssen, dass die Restitutionsklage nur dann statthaft ist, wenn das Urtheil selbst in Ausfertigung oder Urschrift aufgefunden und produzirt wird, und dass es nicht genügt, wenn dessen Vorhandensein in anderer Weise nachgewiesen wird.

Andererseits wird man auch dann die Restitutionsklage zulassen müssen, wenn im zweiten Prozess die Einrede der abgeurtheilten Sache, jedoch ohne Produzirung des Urtheils, eingewendet, aber rechtskräftig zurückgewiesen war, sofern die Partei ohne eigene Schuld an der Produzirung verhindert war und erst später das frühere Erkenntniss auffindet.

Zur Erläuterung möge ein kurzes Schema aller denkbaren Fälle dienen:

I. Die Partei hatte keine Kenntniss von dem früheren Urtheil.

II. Sie kannte das Vorhandensein desselben:

1. Sie wendet es auch ein, aber ohne das Urtheil producireu zu können.
2. Sie wendet es nicht ein:
   a. da sie das Urtheil nicht beibringen kann;
   b. obgleich sie dazu im Stande wäre.

Nach den vorstehenden Erwägungen ist nur in dem letzten Fall (II 2 b) die Restitutionsklage nicht zulässig.

Die Restitutionsklage ist das einzige Angriffsmittel gegen eine rechtskräftige sententia contra rem iudicatam; die Anfechtung mittelst Einrede oder Bestreitens ist (absichtlich) nicht vorgesehen und muss als ausgeschlossen gelten [1]).

Die Restitutionsklage ist vor Ablauf der Nothfrist von einem Monat zu erheben. Die Frist beginnt mit dem Tage, an welchem die Partei das frühere Urtheil auffindet; frühestens jedoch mit dem Eintritt der Rechtskraft des zweiten Erkenntnisses. Sind aber seit diesem Eintritt bereits 5 Jahre verflossen, so ist die Anfechtung des zweiten Urtheils überhaupt nicht mehr statthaft [2]).

An den materiellrechtlichen Wirkungen, welche sich an die erfolgreiche Anfechtung der sententia contra rem iudicatam nach gemeinem Recht knüpfen, hat die C.P.O. nichts geändert; es genügt, auf die betreffenden Ausführungen in § 16 hinzuweisen.

Aber was wird aus dem ersten Urtheil, wenn das zweite widersprechende nicht angefochten oder die Anfechtung verworfen wird? Man wird nach der C.P.O., nach welcher die Gültigkeit des zweiten Urtheils die Regel ist,

---

1) Vrgl. Wilmowsky und Levy: Kommentar II Vorbem. vor § 472 S. 641 u. Vorbem. vor § 541 S. 723.
Gaupp: Kommentar II S. 605.
Petersen: Kommentar II Vorbem. 2 vor § 541 S. 418.
Endemann: Kommentar II Vorbem. vor § 572 S 390 No. III u. Bem. zu § 541 S. 505.

2) § 549 C.P.O.

annehmen müssen, dass das erste Urtheil neben diesem seine volle Kraft behält, wenngleich »widersprechende Urtheile im Volk als ein schwerer Uebelstand empfunden werden müssen«[1]).

Denn auf positive Vorschriften könnte sich die Behauptung des Gegentheils nicht stützen, da die C.P.O. keine bezüglichen Vorschriften trifft; und ohne solche dürfte es kaum zu rechtfertigen sein und mit den allgemeinen Grundsätzen über die Rechtskraft der Erkenntnisse im Widerspruch stehen, wollte man, nachdem aus irgend welchen Gründen das zweite Urtheil für gültig erklärt ist, um deswillen das frühere Urtheil ausser Kraft setzen, trotzdem dasselbe an erster Stelle »auctoritas rei iudicatae« erlangt hatte.

»Im Falle der Coexistenz widerstreitender Urtheile bestehen beide neben einander«, sagen wir mit Gaupp[2]), und zwar muss dies für alle denkbaren Fälle solchen Widerstreits gelten, einerlei, ob das zweite Erkenntniss noch durch Restitutionsklage angegriffen werden kann, oder ob es unanfechtbar geworden ist, sei es infolge Zeitablaufs, sei es, weil die Partei das erste Urtheil nicht geltend gemacht hat, obwohl sie dazu im Stande war.

1) Motive zur C.P.O. § 293 (Entwurf § 283) S. 483.
2) Gaupp: Commentar II zu § 543 Ziff. 7a S. 614.